



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2013

Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 2013 in Zürich

Abo Youssef, Omar ; Godenzi, Gunhild

DOI: <https://doi.org/10.1515/zstw-2013-0032>

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-105060>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Abo Youssef, Omar; Godenzi, Gunhild (2013). Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 2013 in Zürich. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 125(3):659-700.

DOI: <https://doi.org/10.1515/zstw-2013-0032>

Dr. Omar Abo Youssef und Dr. Gunhild Godenzi

Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 2013 in Zürich

Omar Abo Youssef: Rechtsanwalt und Oberassistent an der Universität Zürich

Gunhild Godenzi: Oberassistentin an der Universität Zürich

Vom 9.–12. Mai 2013 fand in Zürich die 35. Tagung der deutschsprachigen Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrer zum Generalthema „Strafrechtliche Probleme des Finanzplatzes“ statt. Die Organisation der Tagung lag maßgeblich in den Händen von Professor *Wohlers* und seinem Team, das zusätzlich zum Tagungsprogramm ein vielfältiges Begleitprogramm auf die Beine stellte. Zum Generalthema waren für den Freitag und Samstag Referate von Professor *Wohlers* (Zürich), Professor *Rotsch* (Gießen), Professor *Kölbel* (München), Professor *Bung* (Passau), Professorin *Zerbes* (Bremen) und Professorin *Gless* (Basel) angesetzt, an die sich jeweils Diskussionsrunden anschlossen. Für die sonntägliche Podiumsdiskussion wurde das Thema „Strafrechtliche Regelung der PID – notwendiger Schutz der Menschenwürde oder hypokritische Gesetzgebung?“ ausgewählt. Hier machten Impulsreferate von Professorin *Tag* (Zürich), Professor *Schroth* (München) und Professor *Duttge* (Göttingen) das Publikum mit dem medizinstrafrechtlichen Normenkomplex und wichtigen Kritikpunkten vertraut, was eine lebhafte und kontroverse Diskussion ermöglichte.

Nachfolgend wird von den Diskussionen berichtet, die im Anschluss an die auf der Tagung gehaltenen Referate geführt worden sind, wobei der „Original-Ton“ der Wortmeldungen möglichst beibehalten wurde.

I.

Der fachliche Auftakt der Tagung am Freitag, 10. Mai 2013, fiel Professor *Wohlers* zu, der das Auseinanderdriften von Recht und Realität im Kapitalmarktstrafrecht am Beispiel des Insiderhandels und der Kursmanipulation problematisierte.

Die anschließende Diskussion zu diesem Referat wurde von Professor *Hamm* (Frankfurt) eröffnet. Dieser stützte die Kritik des Referenten an der „Kunstfigur des verständigen Anlegers“, die auf dem Kapitalmarkt in Wirklichkeit so kaum anzutreffen sei, und fügte noch zwei Aspekte hinzu. Zum einen sei die Vorstellung eines „homo oeconomicus“ in Beziehung zu setzen zur Spieltheorie. Ein ökonomisch handelnder Anleger sei im Lichte der Spieltheorie eine Person, die das

Verhalten des Vertragspartners antizipiere; stelle man sich also beim Verkauf und Kauf von Aktien auf beiden Seiten einen homo oeconomicus vor, würden sich deren Prognosen beim Handel mit Aktien wechselseitig ausgleichen und daher als Auslegungshilfen bei der Definition des verständigen Anlegers wegfallen. Zum anderen werde der Handel mit Wertpapieren zunehmend durch Computer getätigt, die so programmiert seien, dass es zum Teil zu enormen Kursausschlägen komme, nur werde gerade in solchen Konstellationen dann der Nachweis der Kausalität des Täterverhaltens, der beim Tatbestand der Finanzmarktmanipulation gefordert werde, geradezu ad absurdum geführt.

Professor *Schünemann* (München) hob hervor, dass der Referent zutreffend kollektive Scheinrechtsgüter dekonstruiert habe, die im Kapitalmarktstrafrecht postuliert würden. Aktienhandel sei ein Nullsummenspiel, so dass ein deontologisches Prinzip gelte. Von daher würde gerade in dieser Konstellation das vom Referenten in Ansatz gebrachte Fairnessprinzip ein fundamentales Gerechtigkeitsprinzip darstellen. Zur Legitimation des Insiderhandels sei zu ergänzen, dass ein Insider einen strukturellen Betrug begehe, der in kollektive Prozesse eingebettet und als solcher durchaus strafwürdig sei. Allerdings bestünden Bedenken gegen den Vorschlag des Referenten, die Bestimmtheit des Tatbestandes über dessen Koppelung an die Regeln zur Ad-Hoc-Publizität zu verbessern. Zutreffend sei, dass die Strafbarkeit handelsgestützter Marktmanipulation, die es gegenwärtig in Deutschland gebe, mit dem Bestimmtheitsgrundsatz nicht mehr zu vereinbaren sei, so dass man sich insoweit wohlmöglich an der schweizerischen Rechtslage orientieren könnte/sollte.

Professor *Hilgendorf* (Würzburg) wies darauf hin, dass dem Insiderstrafrecht eine echte Legitimation fehle, wobei neben den theoretischen Einwänden gegen die Strafbarkeit auch einmal die praktischen Schwächen des Tatbestandes herauszustellen seien. Informationen im Aktienhandel würden sich typischerweise pyramidenförmig top down verbreiten, „kappe“ man daher „die Spitze“ und untersage dieser die Ausnutzung der Informationen, dann machte sich eben die nächste Ebene in der Pyramide diese Informationen zu Nutze. Diese Personen würden dann sachwidrig gegenüber der übergeordneten Ebene privilegiert. Sehe man ein, dass es unweigerlich zu solchen Verlagerungen der Ausnutzungssituation komme, dann solle man die Vorteile, die ein Informationsvorsprung mit sich bringe, besser bei denjenigen Personen belassen, denen sie am ehesten zustünden, nämlich bei den Unternehmern. Daher sei die Strafbarkeit des Insiderhandels aus seiner Sicht ohnehin mit einem grossen Fragezeichen zu versehen.

Professor *Walter* (Regensburg) dankte dem Referenten dafür, an den Wirklichkeitsbezug des Rechts erinnert zu haben. Die Legitimationsfrage, die der Referent beantwortet habe, könne wohl bis in die Straftheorien hinein verlängert werden. Es sei dem Referenten gelungen aufzuzeigen, dass mit den Tatbeständen

ein präventiver Strafzweck nicht verwirklicht werden könne, so dass an die Stelle dieser Legitimation ein anderer Legitimationsansatz treten müsse, der sich dann mit einer anderen Straftheorie verbinde. Wenn es – und dem sei zuzustimmen – beim Insiderdelikt um die Ahndung von Unfairness, um die Herstellung von Gerechtigkeit, um die Absicherung bestimmter Primärrechtsnormen gehe, so sei um Erläuterung gebeten, ob diese Argumentation vor dem Hintergrund einer Vergeltungstheorie zur Legitimation von Strafe gesehen werden solle. Sei damit gemeint, dass auf Unfairness mit Strafe reagiert werden könne, ungeachtet der Frage, ob damit zukünftiges gleichartiges Verhalten verhindert werden könne? Demgegenüber habe bei der Marktmanipulation der Präventionszweck nach Ansicht des Referenten Bestand behalten, so dass sich die Frage ergebe, ob die Legitimation der beiden Normen aus seiner Sicht also auf ganz unterschiedlichen Straftheorien aufbaue. Alternativ sei zu erwägen, auch bei der Marktmanipulation an eine Vergeltungstheorie zu denken.

PD *Jean-Richard-dit-Bressel* (Zürich) bestätigte aus seinen Erfahrungen als Staatsanwalt, dass der verständige Anleger in der Praxis eine Fiktion sei. Im Rahmen der Strafuntersuchung ergebe sich regelmäßig, dass die Anleger in der Realität meist nicht allzu viel denken würden. Zur Legitimation des Insiderstrafrechts sei eine Parallele zur Bestechung zu erwägen: Wie Bestechungsgelder stellen auch Insidergewinne unsachgemäße Anreize dar. Vor allem der Primärsider soll nicht zu Entscheiden verführt werden, die den Unternehmensinteressen zuwiderlaufen, jedoch zu voraussehbaren Bewegungen des eigenen Aktienkurses führen und so Insidergewinne ermöglichen.

Professor *Hellmann* (Potsdam) merkte an, dass bei der Rechtsgutsdiskussion das Vermögen zu Unrecht ganz außen vor geblieben sei. Es gehe auf den Finanzmärkten um Geld und um Handel. Wenn bei einem Finanzmarktgeschäft die eine Seite einen Informationsvorsprung gegenüber der anderen habe, lasse sich sehr wohl herleiten, dass jene durch den Abschluss des Geschäfts geschädigt werde. Zur Legitimation des Insiderhandels sei daher auf den Vermögensschaden abzustellen. Beim Computerhandel müsse dann genauer geprüft werden, ob dieser durch den Tatbestand überhaupt erfasst sei, doch sei dies tendenziell anzunehmen.

Professor *Heger* (Berlin) bezweifelte, ob der Anleger in der Realität tatsächlich so unvernünftig sei, wie vom Referenten dargestellt, es gebe doch aus Sicht des Anlegers in den meisten Fällen recht viele rationale Regeln und Argumente, denen dieser Anleger folge, nur seien diese an der Rationalität des Börsenmarktes orientiert, die unerwünschte Probleme auf dem Finanzmarkt provoziere. Gleichwohl handle der einzelne Anleger für sich gesehen oft durchaus vernünftig. Zur Legitimation des Insiderhandels sei es zustimmungsfähig, auf den Fairnessgedanken abzustellen, doch sei zu erwägen, diesen Gedanken in ein Gesamtkon-

zept des Wirtschaftsstrafrechts einzubetten, das den Wettbewerb zum Gegenstand habe. Daher sei auch die Funktion des Insiderhandels nicht auf den Schutz des einzelnen Anlegers zu beziehen, sondern auf den Wettbewerb insgesamt. Über das einzelne Geschäft hinaus würden auch Folgegeschäfte beeinträchtigt und daher der Wettbewerb insgesamt behindert, den das Wirtschaftsstrafrecht schütze und reguliere.

Professor *Kahlo* (Leipzig) erschien die Analyse der Marktrealität insofern verkürzt, als sie nicht einbezogen habe, dass auch auf den Finanzmärkten die Normativität eine Rolle spiele, womit dann auch eine Form von Rationalität gelte. Der Gedanke der Unfairness genüge seines Erachtens nicht zur Legitimation der Strafbarkeit des Insiderhandels, und zwar auch dann nicht, wenn man, was den Intentionen des Referenten entsprechen dürfte, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hinzunehme, dessen nur begrenzte Legitimationskraft für staatliche Grundrechtseingriffe ja auch die Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft längst wahrgenommen habe. Die hinsichtlich der Legitimationsproblematik erfolgte Ablehnung der Rechtsgutslehre sei durch den in diesem Zusammenhang erfolgten Verweis auf die sog. Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts keinesfalls zureichend begründet, da diese Entscheidung alles andere als ein überzeugendes Beispiel verfassungsrechtlicher Begründungskultur darstelle. Im Übrigen habe bei der Behandlung der Legitimationsfrage die Auseinandersetzung mit den neueren Theorien zum Kriminalunrecht gefehlt; insofern sei Professor *Walters* Wortmeldung dahin zu ergänzen, dass das Legitimationsproblem nicht erst eine Frage der Straftheorien, sondern schon des Kriminalunrechts sei.

Professor *Fuchs* (Wien) hielt dafür, den Gedanken der Unfairness präziser zu fassen als „unfaire Schädigung“, da der Insiderhandel stets zu einer Schädigung der Anleger führe. Zudem müsse man überlegen, wie der Adressatenkreis des Insidertatbestandes auszugestalten sei; hier sei es vorzugswürdig, sich auf die Primärinsider zu beschränken. Insofern sei es problematisch, dass diese Personen oftmals Aktien des eigenen Unternehmens besitzen würden. Beim Tatbestand der Finanzmarktmanipulation sei dem Referenten sehr zuzustimmen, dass bei der Festlegung des strafbaren Verhaltens an die Primärordnung anzuknüpfen und das Strafrecht auf die Absicherung von Kapitalmarktregeln zu beschränken sei. Diese Regeln müssten dann allerdings hinreichend konkret sein, um die Grundlage für Straftatbestände abgeben zu können. Nur was sich konkret beschreiben lasse, könne auch strafrechtlich abgesichert werden, im Übrigen seien Strafbarkeitslücken hinzunehmen. Im Marktmanipulationsrecht solle es zudem genügen, das Verhalten als Verwaltungsübertretung bzw. als Ordnungswidrigkeit auszugestalten und mit empfindlichen finanziellen Sanktionen zu bedrohen.

Professor *Wassmer* (Köln) stimmte dem Referenten darin zu, dass beim Insiderhandel – auch wirtschaftlich betrachtet und soweit es die Wirtschafts-

wissenschaften analysiert hätten – eine Schädigung einzelner Marktteilnehmer wenig plausibel sei, da er auch Vorteile habe: Durch Insiderkäufe und -verkäufe werde der Kurs eines Wertpapiers früh in die „richtige“ Richtung gelenkt. Bei der Marktmanipulation sei dies aber anders, hier trenne der Referent nicht klar genug zwischen kurz- und langfristigen Veränderungen. Es gehe im Kapitalmarktstrafrecht nicht darum, Spekulationsblasen zu verhindern. Langfristig seien Kursbewegungen kaum vorherzusagen, da die Theorie rationalen Handelns schnell an ihre Grenzen stoße. Die kurzfristigen Auswirkungen, etwa einer falschen Ad-hoc-Mitteilung auf den Kurs eines Wertpapiers, seien dagegen abschätzbar. In diesen Fälle zeige sich, dass die frühere Bezeichnung als „Kursbetrug“ passe: Bei der Marktmanipulation entstehe Marktteilnehmern ein Vermögensschaden, der jedoch aus praktischen Gründen schwierig nachzuweisen sei. Es sei richtig, derartige Verhaltensweisen, bei denen Schädigungen plausibel seien, strafrechtlich zu erfassen.

Professor *Weber* (Zürich) stellte zunächst klar, dass er Wirtschaftsrechtler und nicht Strafrechtler sei und in dieser Eigenschaft spreche. Er merkte zum Tatbestand des Insiderhandels an, der Referent sei zutreffend davon ausgegangen, dass die Anleger sich vom Markt bei Informationsasymmetrien nicht zurückziehen würden. Dennoch bleibe die Problematik der Informationsasymmetrie. Diese gelte in der Ökonomie als Marktversagen, so dass durchaus rechtliche oder gar strafrechtliche Rahmenbedingungen angezeigt sein könnten, mit denen auf diese Problematik reagiert werde. Jedenfalls für das schweizerische Recht ergebe sich bei der vorgeschlagenen Anbindung des Tatbestandes an die Regeln zur Ad-Hoc-Publizität die Schwierigkeit, dass diese Regeln gegenwärtig in den Bereich der Selbstregulierung fallen würden. Damit werde die Grundsatzfrage wichtig, ob ein solches Regelungssystem tatsächlich den Anforderungen an eine „Primärrechtsordnung“ genüge, wenn die Strafbarkeit des Einzelnen davon abhängen solle.

Abschließend schlug Professor *Tiedemann* (Freiburg) ausgehend von der Kritik des Referenten an der im Kapitalmarktstrafrecht vorherrschenden Vorstellung von einem „homo oeconomicus“ als Anleger einen Bogen zum allgemeinen Strafrecht. Es lohne sich zu überprüfen, inwieweit die vom Referenten geübte Kritik in das allgemeine Strafrecht überführt werden könne, denn auch im Betrugsstrafrecht sei die Vorstellung von einem homo oeconomicus als Geschädigtem (persönlicher Schadenseinschlag etc.) präsent. Eine zweite Ausweitung betreffe das Fairnessprinzip, welches der Referent als geschütztes Prinzip gekennzeichnet habe. Dieses lasse sich zwar mit Mühe auf das Rechtsgut zurückführen, wie es etwa Professor *Hellmann* favorisiere, doch könne insoweit gerade in diesem Zusammenhang eventuell besser der Begriff der Verhaltensregel fruchtbar gemacht werden, der zunehmend Verwendung finde, um die Funktion abstrakter

Gefährdungsdelikte zu erklären. Im Rahmen des Insiderstrafrechts sei dann beispielsweise an den Verhaltensgrundsatz „disclose or abstain“ zu denken.

Professor *Wohlers* erhielt abschließend Gelegenheit zu einer Replik. Er wies einleitend darauf hin, dass der Verweis auf das Phänomen des Computerhandels seine These stütze, wonach der verständige Anleger eine Kunstfigur sei, die es in der Realität so nicht gebe bzw. die auf das Marktgeschehen keinen Einfluss habe. Die Anbindung an die Regeln zur Ad-Hoc-Publizität sei aus seiner Sicht unter allen denkbaren Lösungen die am wenigsten schlechte. Es sei ihm vor allem an der Mahnung gelegen, dass man das Strafrecht nicht dazu benutzen dürfe, die Regeln des Kapitalmarktrechts zu korrigieren. Gerade in diesem Kontext sei es wichtig, Zurückhaltung zu üben und zu beachten, dass das Strafrecht eine Sekundärrechtsordnung sei, die zwingend an das anknüpfen müsse, was die Primärrechtsordnung ihr vorgebe – z.B. mit Offenlegungsregeln etc. Falls sich die Primärrechtsordnung, etwa weil sie zu unbestimmt sei, als Anknüpfungspunkt nicht eigne, müsse eine strafrechtliche Regelung eben unterbleiben. Die straftheoretische Einordnung, die einigen Diskutanten zu kurz gekommen sei, habe er wegen der beschränkten Redezeit nur knapp zur Sprache bringen können. Daher sei nun zunächst zu ergänzen, dass er einer Position, die Tatbestände des Insiderhandels und der Kurs- bzw. Marktmanipulation über den Vermögensschutz zu legitimieren, ablehnend gegenüber stehe. Der Konnex zum Vermögensschutz sei den gesetzlichen Merkmalen nach nicht eng genug. Das Erfordernis eines Vermögensschadens komme im Gesetz nicht vor. Und es sei – zugegebenermaßen etwas überspitzt formuliert – dann noch darauf hinzuweisen, dass unter Zugrundelegung dieser Logik wohl schon die Einrichtung einer Börse strafbar sein müsste, weil es gerade dieser Akt sei, der die Möglichkeit zur Vermögensschädigung, zum „Betrug“ der Anleger, überhaupt erst eröffne. Zur Frage der Legitimation der Tatbestände vor dem Hintergrund der Rechtsgutstheorie tendiere er dahin, den Tatbestand des Insiderhandels als Verhaltensdelikt zu begreifen, womit sich dann die Frage stelle, ob man solche für legitimierbar erachte oder nicht. Er halte dafür, dass in einem demokratischen System die Entscheidung darüber, was strafwürdig sein solle, dem Strafgesetzgeber vorbehalten sei und dass diesem die Befugnis zur Schaffung solcher Normen nicht von vornherein abgesprochen werden könne. Zu Professor *Wassmers* Wortmeldung sei schließlich noch anzumerken, dass ihm betreffend die Rechtslage *de lege lata* zuzustimmen sei: gegenwärtig lasse sich der Tatbestand der Marktmanipulation tatsächlich nicht mit dem Ziel erklären, eine Blasenbildung an den Finanzmärkten zu verhindern. Anders sei dies dann, wenn man die Sichtweise *de lege ferenda* einnehme: Dann sollte nämlich genau dies die Zielrichtung werden. Es gehe im Kapitalmarktstrafrecht darum, Störungen des Kapitalmarktes insgesamt zu vermeiden. Soweit man die dazugehörige sekundäre strafrechtliche Norm darauf

nicht beziehen wolle, entfalle der Schutzzweck, aus dem heraus aus seiner Sicht die Strafbarkeit allein gerechtfertigt werden könne.

II.

Professor *Rotsch* (Gießen) und Professor *Kölbel* (Bielefeld) widmeten sich dem Thema Compliance und Strafrecht aus zweierlei Richtungen. Während Professor *Rotsch* das Verständnis zur Bedeutung von Criminal Compliance schärfte, konfrontierte Professor *Kölbel* die strafrechtliche Sicht auf die Funktion von Criminal Compliance mit der betrieblichen Warte der Unternehmen.

Professor *Müller* (Passau) konstatierte, in der aktuellen Compliance-Diskussion hin und her gerissen zu sein. Einerseits habe man als Anwalt Mandate mit vielerlei unterschiedlichen Fragestellungen, aber es stelle sich doch das Problem, ob man nicht über alten Wein in neuen Schläuchen diskutiere. Auch nach dem Vortrag von Professor *Rotsch* sei ihm nicht klar, was Criminal Compliance nun anderes meine als „Regelbefolgung“, auf die sich Criminal Compliance laut Professor *Rotsch* gerade nicht reduzieren lasse. Es könne sich lohnen zu untersuchen, woher die Fruchtbarkeit des Compliance-Gedanken komme. Ihm scheine es so, als sei das Thema nicht deshalb so prominent, weil es neu sei, sondern weil ganz trivial die Staatsanwaltschaften enorm aufgerüstet hätten, um Compliance-Verstöße mit den Mitteln des Strafrechts zu ahnden, weshalb die Vorsorge der Unternehmen gegen staatsanwaltschaftliches Vorgehen gewachsen sei. Es sei, um die Gelegenheit zu dieser Klarstellung einmal zu nutzen, übrigens ein Märchen, dass im Siemens-Verfahren der Staat EUR 400 Mio. Kosten dank der Untersuchung des Unternehmens eingespart habe, und es sei auch ein Märchen, dass die Ermittlungsergebnisse aus den USA in das Verfahren eingeflossen seien. Die deutsche Staatsanwaltschaft habe eigenständig ermittelt und die Aufklärungsbemühungen des Unternehmens bei der Strafzumessung berücksichtigt. Damit habe es aber auch schon sein Bewenden gehabt.

Professor *Hassemer* (Frankfurt) nahm nochmals Bezug auf die Vormittagsdiskussion und konstatierte, dass er die Verabschiedung des Rechtsguts wahrnehme, wobei sich dies als Prozess schon länger abzeichne, aber nun mit Händen zu greifen sei. Er glaube, das Rechtsgut sei dann am Ende, wenn es seine zentrale Funktion nicht mehr erfüllen könne, dem Positivismus vorzugreifen und den Gesetzgeber inhaltlich zu binden. Ein Vertrauensschutz etc. als Rechtsgut habe nicht mehr die Potenz, dem Gesetzgeber inhaltlich irgendetwas vorzuschreiben. Es bilde sich eine Verflüssigung der Welt im Allgemeinen und des Strafrechts im Besonderen ab, aus der das Strafrecht wohl auch nicht mehr herausfinde. Dasselbe betreffe das Phänomen der Compliance. Es handle sich um eine neue Form der

Regulierung eines Staates, zudem um eine amerikanische Idee, es sei in der Compliance-Debatte amerikanisches Rechtsdenken durchweg wiederzuerkennen. Man müsse sehen, dass mit der strafrechtlichen Erfassung von Compliance-Verstößen eine neue Form staatlicher Regulierung Einzug erhalten habe. Die staatliche Kontrolle des Handelns habe sich verdoppelt, zur ohnehin schon bestehenden strafrechtlichen Kontrolle sei über die Compliance-Aufgaben der Unternehmen eine zweite Kontrollmöglichkeit hinzutreten, die selber kaum kontrolliert sei. Dies sei als Einrichtung einer „Rechtsordnung“ zu begreifen, denn es würden für den Einzelnen rechtliche Konsequenzen erwachsen, die das Merkmal der Compliance vorgebe: andere Kriterien der Strafzumessung, andere Kriterien des Verdachts. Dies sei in Ordnung, aber wenn diese „Rechtsordnung“ wissenschaftlich erklärt werden solle, müsse auch diese Problematik in Augenschein genommen werden. Es genüge nicht, die konkreten Fragen zu besprechen, die von den Referenten sehr gut erklärt worden seien, man müsse „tiefer graben“.

Professor *Pieth* (Basel) wendete sich gegen den Begriff „Criminal Compliance“, dieser sei aus seiner Sicht unnötig, es reiche „Compliance“ und es handle sich noch dazu weitgehend um Altbekanntes, wie nun auszuführen sei. Compliance wolle zwei Dinge. Zunächst: Prävention erreichen, um Kosten zu sparen, Unternehmensregeln einzuhalten etc., wobei das Ziel der Regeleinhaltung noch über das Regelsystem hinausgehe, das strafrechtlich vorgegeben sei. Zudem komme Compliance die Funktion einer „Haftungsbeschränkung“ zu, das Unternehmen wolle beispielsweise von Aufträgen nicht ausgeschlossen werden. Strafrechtlich drohe bei ungenügender Compliance Geschäftsherrenhaftung oder Haftung des Unternehmens, so dass präventive Compliance und strafrechtliche Compliance sich nicht trennen ließen, beides bilde zusammen eine Einheit und es sei unsinnig, diese „auseinanderzudröseln“. Zudem sei das Phänomen der Ko-Regulierung nicht neu, allein die Beschleunigung der Globalisierung sei neu. Man gehe bei dieser Regulierung auf Altes zurück, es gehe um Pflichten, diese würden wiederum hergeleitet aus dem Strafrecht, dem Recht, auch aus außerrechtlichen Grundsätzen, zum Teil geschehe die Pflichtbemessung unter Einbeziehung von Fachgremien, wie es von der Fahrlässigkeit schon bekannt sei. Und stehe die „Regulierung der Selbstregulierung“ lediglich dafür, dass Rechtsunterworfenen teilnehmen an dieser Regulierung, so sei dies dem Strafrecht ebenfalls seit langem bekannt, wenngleich sich die Anwendung der entsprechenden strafrechtlichen Normen beschleunigt habe.

Professor *Rosenau* (Augsburg) setzte nach, er wundere sich, welche Karriere ein eigentlich medizinethischer Begriff gemacht habe und welche „Blüten er im Strafrecht treibe“. Die entscheidende Frage sei aber nun, wie man sich im Strafrecht dazu stelle. Dass Professor *Rotsch* die ganze Entwicklung positiv sehe, sei bei ihm als Leiter eines Compliance-Instituts nicht weiter erstaunlich, aber als

Strafrechtler müssten wir das nicht auch so sehen. Denn wenn es bei Criminal Compliance darum gehe, die Entstehung eines strafrechtlichen Verdachts zu verhindern, dann werde jedes Unternehmen zunächst einmal als „kriminelle Vereinigung“ angeschaut, es stehe unter einem „Generalverdacht“, von dem es sich befreien müsse. Dies widerspreche der Unschuldsvermutung. Daher seien die Strafrechtler aufgefordert zu überdenken, ob sie sich nicht besser gegen Criminal Compliance stellen sollten, anstatt dazu neue Theorien zu entwickeln.

Professor *Tiedemann* (Freiburg) suchte wie schon Professor *Rosenau* den Anschluss zum Strafrecht und fragte die Referenten, welche strafrechtlichen Auswirkungen Criminal Compliance für die Organe habe, die Straftaten begingen. Er sei auch der Ansicht, Professor *Kölbel* habe zur Garantenstellung des Compliance Officers zweifelhafte Dinge geäußert, zu denen Professor *Schünemann* im Einführungsaufsatz im GA hinlänglich Stellung genommen habe, dazu sei das Wichtigste daher gesagt: Eine Garantenstellung des Compliance Officers zur Verhinderung einer Straftat im Unternehmen könne nur bei Anweisungsmacht des Compliance Officers begründet werden, aber diese sei eben nur selten gegeben; ansonsten bestehe lediglich eine Informationspflicht gegenüber der Unternehmensleitung. Es sei bedauerlich, dass die strafrechtlichen Konsequenzen in den Referaten ganz ausgeklammert worden seien.

Professor *Weber* (Tübingen) schloss sich an diese Kritik an und forderte zur Vertiefung der strafbegründenden Wirkungen von Compliance-Regeln auf. Einmal angenommen, ein Mitarbeiter habe gegen eine Compliance-Regel verstoßen, zu der es keine entsprechende staatliche Regel gebe, dann sei von Interesse, ob diese Compliance-Regel gleichwohl belastend wirken könne. Dies sei der Fall, wenn sie im Rahmen der strafrechtlichen Bewertung des Geschehens zu einer Rechtspflicht erwachse, obwohl nach dem staatlichen Regelsystem eine solche Rechtspflicht zuvor gerade nicht bestanden habe.

Professor *Hellmann* (Potsdam) wies darauf hin, dass die interne Abklärung eines Tatverdachts durch das Unternehmen als Verteidigungsverhalten betrachtet und nicht mit unter den Begriff der Criminal Compliance gefasst werden sollte. Auch seiner Auffassung nach handle es sich um „alten Wein in neuen Schläuchen“. Es gebe seit Jahrzenten jedenfalls in Deutschland § 130 dOWiG, der plakativ bestimmte Pflichten aufstelle. Für deren Einhaltung habe dann die Unternehmenssicherheit Sorge getragen, zum Teil seien solche Funktionen schlicht in Compliance-Stellen umbenannt worden. Möglicherweise sei es ratsam, solche bisher sehr holzschnittartigen Vorschriften durch die Compliance-Diskussion zu präzisieren.

Professor *Jahn* (Nürnberg-Erlangen) äußerte sich dahingehend, er habe bei der „Compliance-Bewegung“, von der Professor *Rotsch* spreche, Personen vor Augen, die sich gleichgerichtet in eine Richtung bewegen würden und gerade

dieses Bild treffe bei den Akteuren, die Compliance-Bewegung betreiben würden, nicht zu. Es gebe auf der einen Seite (Mikroebene) Unternehmen, Unternehmensanwälte, auf der anderen Seite Unternehmensangehörige. Auf der Steuerungsebene würden sich dann Politik und Wirtschaft gegenüberstehen, die alle in die Compliance-Bewegung involviert seien. Es handle sich dabei um ein neues Phänomen, weil nicht mehr einseitig reguliertes Recht gesetzt werde, sondern ein anderes Verfahren beschritten werde, das diese verschiedenen Akteure einbinde. Gerade daraus würden indes auch Probleme resultieren, die erst dann sichtbar würden, wenn genauer analysiert werde, welche Interessen der verschiedenen Akteure mit im Spiel seien.

Professor *Vogel* (München) setzte hinzu, dass der nächste Schritt in der Compliance-Bewegung absehbar darin liegen werde, Mängel der Compliance strafrechtlich relevant zu machen. Daher frage er die Referenten, wie sich diese stellen zu § 54a KWG und § 142 VVG in der Fassung des Entwurfs eines Gesetzes zur Abschirmung von Risiken von Kreditinstituten (Vorschlag vom 4. März 2013). Es handle sich seiner Einschätzung nach um einen Umbau des Strafrechts, da hier der Vorstand „sitzen müsse“ für schlechtes Risikomanagement, soweit dieses das Unternehmen in eine Krise bringe. Zur Rechtsgutsdebatte sei er der Ansicht, dass man sich lösen solle von der überpositiven Sicht, die im Strafrecht immer noch verbreitet sei und hinkommen müsse zu einer verfassungs- und menschenrechtlichen Bewertung. Das Rechtsgut könne man nicht abschaffen, es spiele immer noch eine Rolle bei der verfassungsrechtlichen Legitimation, aber dies sei dann eine „positivistische“ Bedeutung, insoweit werde das Strafrecht „umgebaut“ – und das sei durchaus zu begrüßen.

Rechtsanwalt *Engelhart* (Freiburg i. Br.) äußerte Zweifel, ob man sich über Compliance überhaupt unterhalten könne, solange man nicht wisse, was dahinter stecke. Der Umfang von Compliance-Maßnahmen sei schwierig rekonstruierbar, woraus sich für das Strafrecht das Problem ergebe, wie man darauf regulativ aufbauen könne. Wenn man den Gedanken der Compliance weiterführe, würde er zustimmen, dass man es mit einer neuen Form der Regulierung zu tun habe. Bei dieser Sicht sei dann aber die strafrechtliche Perspektive doch zu eng und der Ansatz der Corporate Governance der breitere und passendere, weil das Unternehmen nicht nur als Risikoobjekt in den Blick genommen werden solle. Ein Unternehmen könne positive und negative Einflüsse auf die Mitarbeiter haben und darauf könne dann eine Steuerung durch den Staat mit klaren Vorgaben abzielen. Es sei ein neues Steuerungssystem im Entstehen begriffen, in dem das Strafrecht jedoch noch seinen Platz suchen müsse. Wenn man den Blick in die USA wende, so stünden dort Behörden parat, welche die Unternehmen zur Ausgestaltung von Compliance-Maßnahmen beraten würden, es würden konkrete Empfehlungen zur Umsetzung rechtlicher Vorgaben erteilt. Dies sei ein wesentli-

cher Unterschied zu § 130 dOwiG, bei dem es um die Initiierung einzelner Maßnahmen, nicht aber um die Entwicklung eines stimmigen Gesamtsystems gehe. Es sei dann auch zu überlegen, ob Sanktionsmilderungen, die in den USA über Strafzumessungsrichtlinien für ein fachgerechtes Compliance-System gewährt würden, mit nach Deutschland übernommen werden sollten.

Professor *Rönnau* (Hamburg) sprach den Referenten ein Lob aus, hob aber hervor, dass nun weiterführend die Auswirkungen von Criminal Compliance auf das Strafrecht zu untersuchen seien; dazu habe man relativ wenig gehört. Er wolle aufmerksam machen auf die Gefahren von Compliance aus strafrechtlicher Sicht. Die Compliance-Debatte sei häufig eine interessengeleitete Debatte, dies sei zu berücksichtigen. Es bestehe die Gefahr einer Übernahme von Compliance-Maßstäben („Best Practice“) in das Strafrecht (insbesondere durch Generalklauseln wie „Pflichtwidrigkeit“ oder „Unlauterkeit“). Insoweit könne sich die Tendenz zu überschießenden Compliance-Regelungen, die es gebe, strafbarkeits-erweiternd auswirken und eine Haftungsspirale in Gang setzen. Es komme tendenziell zu einer Entlastung des Vorstands und zu einer Belastung der Mitarbeiter. Compliance-Regelungen, die vom Unternehmen aus dessen Interessen heraus initiiert würden, könnten sich für Mitarbeiter im Strafrecht nachteilig auswirken. Es sei daher zu schauen, wie weit man das treibe und mitmache. Auch müsse bei den Anforderungen an ausreichende Compliance differenziert werden nach Unternehmensgröße etc. Es sei daher zu fragen, ob man nicht schlussendlich eine „Compliance der Compliance“ benötige.

Professor *Schünemann* (München) bedauerte, dass er sich aus Zeitgründen nun kurz fassen müsse, denn nun müsse im Anschluss an die Referate, die eine ausgezeichnete Grundlage geliefert hätten, an sich eine eingehende kriminalpolitische/strafrechtsdogmatische Folgendiskussion durch die Strafrechtler geführt werden. Dies könne heute nicht mehr erfolgen, sei aber eine Aufgabe der Zukunft. Er müsse nun aber auch noch ein Wort zur Rechtsgutstheorie verlieren. Dies sei ein Konzept, das auf Beccaria zurückgehe, wenngleich dieser eben nicht „Rechtsgut“, sondern „Sozialschaden“ gesagt habe. Das heiße, unter diesen Begriffen würden seit über 250 Jahren die entscheidenden Dinge diskutiert, welchen Begriff man verwende, sei ihm egal, man könne es auch als „Apfelsine“ bezeichnen, aber dass dies die „Heimstatt“ einer überpositiven Begrenzung des Strafrechts sei, die aus der Logik des Strafrechts selbst folge, das scheine ihm unverlierbar zu sein und daran solle erinnert werden. Was Compliance angehe, so sei er hin und her gerissen. Er habe schon vor mehr als 40 Jahren darauf hingewiesen, dass die Organisation von Verantwortlichkeit im Unternehmen in organisierte Unverantwortlichkeit umschlagen könne. Die Compliance Sorge dafür, dass dies nicht passieren könne, sie habe daher das Ziel, den Rechtsgüter-schutz in einer unübersichtlichen modernen Gesellschaft zu akzentuieren gegen-

über dem alten Konzept, das in einfachen sozialen Verhältnissen einfacher habe wirken können. Es sei aber völlig richtig, dass ein Paradigmenwechsel vorliege. Man gehe vom „feuerbachschen Paradigma der Androhungsgeneralprävention“ zum „Stasi-Paradigma“ über. Im Betrieb werde – pointiert ausgedrückt – „eine Stasiorganisation“ geschaffen, denn der Mitarbeiter werde als Gefahrenquelle betrachtet, der dauernder Überwachung bedürfe. Es sei zu überlegen, ob dies hinzunehmen oder dagegen zu kämpfen sei. Die Gefahren von Compliance aus strafrechtlicher Sicht seien angesprochen worden, er wolle drei Punkte hervorheben. Eine Gefahr bestünde natürlich in der Strafbarkeit der juristischen Person. Zwar habe es längst schon § 130 dOwiG gegeben, dieser sei aber nie angewendet worden. Es gebe also einen Paragraphen, der erst im Zuge der internationalen Entwicklung scharf gemacht worden sei, dies sehe man in Bayern, dessen Haushalt mittlerweile regelmäßig aus den Unternehmenskassen saniert werde. Die zweite Gefahr bestehe in einem reflexiven Aufschaukeln. Es würden Compliance-Kataloge der Unternehmen entworfen, die dann von den Gerichten – so sei zu fürchten – aufgegriffen würden, weil es ansonsten in diesem unbestimmten System „kein Halten“ gebe. Dann seien drittens die Privatisierung der Strafrechtspflege und deren Konsequenzen problematisch, darin stecke Dynamit, aber dies werde ja später noch behandelt.

Professor *Sieber* (Freiburg i. Br.) forderte, die Grundlagenprobleme der Compliance sehr viel stärker als bisher in den Blick zu nehmen. Nur so ließen sich die neuen Fragen der Compliance für das Kriminalrecht richtig erkennen und angemessene Lösungen entwickeln. Ausgangspunkt der notwendigen theoretischen Grundlegung müsse dabei zunächst die Erkenntnis sein, dass mit den – aus den USA stammenden – Compliance-Regelungen neben das Strafrecht ein weiteres Rechtsregime zur Prävention und Repression von Kriminalität trete. Diese Entwicklung sei Teil des zunehmenden Rechtspluralismus auf dem Gebiet strafrechtlicher Regelungsmaterien, der sich in der globalen Risikogesellschaft auch in parallelen Mehrebenensystemen von internationalen Institutionen, in konkurrierendem religiösem Recht oder in anderen fragmentierten Systemen zeige und zu neuen Problemen (wie der Behandlung von Normwidersprüchen zwischen den verschiedenen Systemen) führe. Die insoweit stattfindende Ersetzung oder Ergänzung des Strafrechts durch andere Normensysteme ginge daher weit über die im staatlichen Recht ebenfalls zu beobachtende Erweiterung des strafrechtlichen Verfolgungssystems durch polizeirechtliche und geheimdienstliche Systeme hinaus. Das Besondere der aus den USA stammenden Compliance-Regelungen liege dabei darin, dass sich neben dem staatlichen Recht nun ein spezielles privates (Unternehmens-)Rechtssystem entwickle. Hieraus resultiere eine Reihe von sehr grundlegenden Fragen, die Professor *Sieber* an drei Beispielen verdeutlichte:

Wissenschaftlich besonders interessant, aber auch praktisch folgenreich sei *erstens* vor allem die Frage nach dem Verhältnis und der gegenseitigen Beeinflussung der beiden unterschiedlichen Rechtsregime. Eine Beeinflussung des klassischen Strafrechts durch private Complianceregelungen zeige sich de lege lata etwa bei der Konkretisierung von strafrechtlichen Sorgfaltspflichten im Rahmen der Fahrlässigkeit, bei der Ausfüllung der Pflichtwidrigkeit der Untreue oder beim gesetzlichen Ausschluss der ordnungswidrigkeitenrechtlichen Verantwortlichkeit durch Entscheidungen von Selbst- und Koregulierungsgremien im Medienrecht. Die Frage nach der – in umgekehrter Richtung verlaufenden – Beeinflussung der privaten Complianceregeln durch das staatliche Strafrecht stehe dagegen z. B. hinter der Problematik, inwieweit strafrechtliche Sicherungen – wie die Belehrungspflichten der StPO oder der nemo-tenetur-Grundsatz – auch für Ermittlungen von privaten Complianceabteilungen gälten, vor allem wenn deren Ermittlungsergebnisse später dem staatlichen Verfolgungssystem zur Verfügung gestellt würden.

Eine *zweite* zentrale Problematik der privaten Compliancesysteme liege damit – ebenso wie bei der Entwicklung anderer pluralistischer Systeme – in ihrer demokratischen Legitimation und ihrer Legitimität. Damit verbunden sei die allgemeine Entwicklung, dass mit der Entstehung von alternativen nicht-strafrechtlichen Präventions- und Repressionssystemen die Errungenschaften der Aufklärung mit ihren elementaren grundrechtlichen und dogmatischen Sicherungen für das staatliche Strafrecht verloren zu gehen drohten. Die wichtigste Aufgabe der Strafrechtswissenschaft im Bereich der Compliance sei es deswegen, vor diesem allgemeinen Hintergrund entsprechende rechtsstaatliche Sicherungen für die – an sich positiv zu beurteilenden – neuen Complianceansätze zu entwickeln. Jede Diskussion, die diese Herausforderung und den mit der Einführung von privaten Compliancesystemen verbundenen Paradigmenwechsel nicht berücksichtige, müsse an der Oberfläche bleiben.

Um die Verschränkung der beiden Systeme und den Einfluss des Strafrechts auf Complianceregime ginge es *drittens* – insbesondere unter rechtspolitischen Gesichtspunkten – auch, wenn wie im amerikanischen und italienischen Recht die Einführung privater Compliancesysteme dadurch gefördert werde, dass beim Auftreten von Unternehmenskriminalität Firmen mit Complianceprogrammen und/oder einer Kooperation der Unternehmen mit den Strafverfolgungsbehörden nicht sanktioniert würden. Hier stelle sich neben den grundlegenden rechtstheoretischen und verfassungsrechtlichen Problemen vor allem auch die Frage nach der Wirksamkeit von Complianceprogrammen. Handle es sich um einen effektiven, nicht-strafrechtlichen Lösungsansatz, den die Strafrechtswissenschaft schon lange suche, oder nur um „window dressing“ der Unternehmen und eine Verbesserung ihres Images? Für die zukünftige Kriminalpolitik müssten neben den

entsprechenden Grundlagenfragen deswegen auch verstärkt empirische Erkenntnisse über die Praxis der Complianceprogramme im In- und Ausland einbezogen werden. Das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht habe dazu jüngst eine Befragung von Unternehmensmitarbeitern durchgeführt, welche die bisherigen rechtsdogmatischen und rechtsvergleichenden Untersuchungen des Instituts zur Compliance ergänzen und noch in diesem Jahr veröffentlicht werden sollten.

Zu diesen Wortmeldungen bezog zunächst Professor *Rotsch* Stellung, wobei er sich angesichts der Vielzahl der Nachfragen bei den Antworten auf das Wesentliche beschränken müsse. Trotz der Kritik von Professor *Müller* halte er daran fest, dass es sich bei Criminal Compliance tatsächlich um etwas Neues handle, nur sei noch nicht absehbar, in welchem Umfang dies der Fall sei. Professor *Hassemer* sei zuzustimmen, dass sich eine Verflüssigung des Strafrechts durch Compliance ereigne, auch handle es sich um eine Amerikanisierung des Strafrechts, was man aber hierzulande erst sehr spät mitbekommen habe. Ob er – Professor *Rosenaus* Frage aufnehmend – zu Criminal Compliance positiv oder negativ stehe, könne er noch nicht beantworten; eine solche Frage simplifiziere die komplexe Materie der Criminal Compliance in unzulässiger Weise. Umgekehrt werde ein Schuh daraus: Aufgabe der Strafrechtswissenschaft sei es, das Phänomen der Compliance im Strafrecht kritisch zu begleiten; erst nach einer genaueren Klärung des Phänomens und der Herausarbeitung einer tragfähigen Theorie könne entschieden werden, ob das Phänomen positiv oder negativ zu sehen sei. Zu Professor *Pieths* Votum sei zu bemerken, dass der Begriff „Criminal Compliance“ sinnvoll sein könne, um hervorzuheben, dass die Wirkungen der Compliance-Struktur gerade auf das Strafrecht im Vordergrund stünden, auch wenn es natürlich keine originär strafrechtliche Compliance im Unternehmen gebe. Die mehrfach gestellte Frage, ob Compliance-Regelungen strafbarkeitsbegründend wirken könnten, sei zu bejahen, dies werde im Schrifttum ja auch bereits kritisch thematisiert, und es sei aufgezeigt worden, dass beispielsweise bei der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit, die im Rahmen der Sorgfaltspflichtbemessung an außerstrafrechtliche Regelungen anknüpfe, ein Einfallstor bestehe. Es sei daher auch auf Professor *Webers* Nachfrage, die in eine ähnliche Richtung gehe, zu sagen, dass die von der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit bekannten Grundsätze durchaus für die Compliance-Diskussion fruchtbar gemacht werden könnten, aber ob und inwieweit dies möglich sei, darüber müsse noch eingehender diskutiert werden. Entgegen Professor *Hellmann* sei auch die Aufklärung im Unternehmen („internal investigations“) noch unter den Begriff der Criminal Compliance zu fassen, sie mache einen wesentlichen Teil dessen aus, wofür Criminal Compliance auch im internationalen Kontext stehe, wobei dann mit Blick auf Amerika zu überlegen sei, ob die Prämierung von Compliance über

Strafzumessungstabellen auch in Deutschland eingeführt werden könne, inso- weit sei er eher skeptisch. Professor *Schünemann* habe zu Recht das vor vielen Jahren schon thematisierte Problem der organisierten Unverantwortlichkeit wie- derholt betont, doch bestehe umgekehrt auch die Gefahr organisierter Verant- wortlichkeit. Professor *Sieber* habe völlig zutreffend bemerkt, dass es sich bei der Verdoppelung des Rechtsregimes um einen fundamentalen Vorgang handle, man kenne dies schon beispielsweise von der Verwaltungsakzessorietät, aber in diesem Ausmaß habe man dies bisher nicht gesehen. Professor *Jahns* Anregung, die Akteure und deren Interessen bei einer Umschreibung von Criminal Com- pliance mehr einzubeziehen, werde er gerne aufnehmen, auch wenn sie letztlich über die Protagonisten und Adressaten der Criminal Compliance bereits erfasst seien. Professor *Vogels* Vorhalt der anvisierten Regelungen im KWG und VVG illustriere, dass außerstrafrechtliche Regelungen in das Strafrecht einfließen würden. Dieses Phänomen sei aus Amerika hinlänglich bekannt – aber dies mache es natürlich nicht besser.

Professor *Kölbel* bezog eingangs zur grundlegenden Kritik von Professor *Tiedemann* Stellung. Diese treffe den Vortrag aus seiner Sicht nicht, gebe jedoch Anlass, seinen Ansatz nochmals herauszustellen, da dieser offenbar nicht hinrei- chend deutlich geworden sei. Er habe bei seinem Referat keinen normativen Impetus gehabt, sondern rein analytisch argumentieren und aufzeigen wollen, dass es Wechselwirkungen zwischen Compliance und Strafrecht gebe, die das Strafrecht mitdenke. Daher sei es wichtig zu wissen, ob die unterstellten Wir- kungsweisen auch plausibel seien und so funktionieren würden, wie man dies in der strafrechtlichen Debatte annehme. Auslegungsfragen und dogmatische Pro- bleme, wie etwa ob die Garantenstellung des Compliance Officers konstruierbar sei, hätten ihn daher zufolge der analytischen Herangehensweise gar nicht inter- essiert, er habe zu solchen Fragestellungen, aus der analytisch empirischen Warte heraus, die als herrschend wahrgenommene Meinung zugrunde gelegt. Dementsprechend habe er daher beispielsweise das Umschlagen in die Sorgfalts- pflicht nicht kritisch betrachtet, sondern aus der analytischen Perspektive als Gefahrenlage berücksichtigt. Zu Professor *Pieth* sei zu bemerken, dass Ko-Regu- lierung im Regulierungsdiskurs etwas anderes bezeichne, nämlich eine bran- chenspezifische Verbandsregulierung, die mit der staatlichen Regulierung koor- diniert sei. Die Selbstregulierung sei eher reserviert für die unternehmensinterne Regulierung. Zwar seien die begrifflichen Übergänge fließend, aber die Begriffe würden im Regulierungsdiskurs doch unterschieden. Es sei außerdem das Stich- wort „Enthaftung“ als Funktion von Compliance gefallen. Wenn man darin die Funktion von Compliance sehe, dann nehme man die betriebliche Perspektive ein, wie sie im Vortrag aufgezeigt worden sei, und diese eigne sich eben nicht, um daraus kriminalpolitische Fragestellungen und ein Präventionskonzept aus straf-

rechtlicher Sicht zu entwickeln. So könnten Compliance und Strafrecht nicht zusammenfinden. Funktional zur Enthftung sei aus betrieblicher Sicht etwa nicht nur die Vermeidung von Straftaten, sondern auch deren Vertuschung. Es fiel bei dieser Argumentation daher der Anknüpfungspunkt dahin, dass Compliance auf eine Deliktsvermeidung ausgerichtet sein solle. Und schließlich sei noch die Verdoppelung von Kontrollen durch Compliance angesprochen worden, die sich unkontrolliert vollziehe. Dies sei ein eigenständiges Problem, das aus seiner Sicht jedoch den beiden Nachmittagsvorträgen zugeordnet sei, daher sei er darauf in seinem Vortrag nicht näher eingegangen. Ob es sich bei Criminal Compliance um ein neues Phänomen handle, darüber ließe sich streiten. Ko-Regulierung als Gegenstand der Analyse gebe es – da sei Professor *Pieth* Recht zu geben – schon seit vielen Jahren, aber der Umfang und die Dynamik, die diese Verbreitung habe, sei doch bemerkenswert. Sodann sei der Vorschlag der Strafrabatte unterbreitet worden, diese erachte er als sinnvoll. Er habe bei seinem Referat zwei Wirkungsweisen zwischen Strafrecht und Compliance unterschieden: der eine Teil des Strafrechts, der Anlass gebe, Compliance einzuführen, und der andere Teil, der die Schlechtdurchführung bestehender Compliance-Strukturen sanktioniere. Da es für eine schlechte Compliance keinen Strafnachlass geben könne, wäre dieser in seiner Struktur dann bei den Aktivierungsprozessen unterzubringen, aber nicht geeignet, um Verbesserungen von Compliance zu erreichen. Der von Professor *Vogel* thematisierte Gesetzentwurf zum KWG/VVG bewahre das Risikomanagement mit Strafe, nicht das Compliance-System. Dies sei nochmals ein Unterschied, weil die Festlegungen im Hinblick auf das Risikomanagement noch unbestimmter seien, und diese Unbestimmtheit setze sich dann in der Strafbewehrung fort. Wolle man dies strafbewehren, worüber diskutiert werden müsse, dann sei jedenfalls das Problem der Unbestimmtheit unvermeidbar. Insbesondere sei das Risikomanagement höchst individuell auf das jeweilige Unternehmen ausgerichtet, so dass keine überbetrieblich geltenden Kriterien entwickelt werden könnten.

III.

Am Freitagnachmittag referierte Professor *Bung* (Passau) zum Thema „Grundlagenprobleme der Privatisierung von Sanktions- und Präventionsaufgaben“. Dabei lag der Fokus des Referats nicht auf dem klassischen Problem der sog. formellen und materiellen Privatisierung von Staatsaufgaben, sondern auf dem Phänomen einer „informellen Privatisierung“: der um sich greifenden Observierung und Bloßstellung des Bürgers durch den Bürger, für die das Internet eine Plattform bietet. Professorin *Zerbes* (Bremen) befasste sich mit „Unternehmens-

internen Untersuchungen“, die als Anwendungsfall der Privatisierung von Sanktions- und Präventionsaufgaben begriffen werden können.

Professor *Hauck* (Trier) erhielt als erster das Wort. Zum Referat von Professor *Bung* verlieh er seiner Skepsis Ausdruck, ob sich eine Rechtsgewährleistung mit dem von Professor *Bung* favorisierten althergebrachten Instrumentarium überhaupt sicherstellen lasse. Die im Referat erwähnten Beispiele, das Abwägungsmodell des § 193 dStGB einerseits und das „Lebach-Urteil“ des Bundesverfassungsgerichts andererseits, taugten insofern schon nicht als Vorbilder. Insoweit müsse man genauer hinschauen, was denn abgewogen werde. Man werfe dem Bundesverfassungsgericht und dem BGH nicht umsonst vor, eine Schlagseite in die Abwägung einzubringen, indem dem privaten Interesse an der Geheimhaltung von Informationen ein von vornherein aufgewogenes Interesse an einer „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ gegenüber gestellt werde. Wer wolle denn schon eine nicht funktionstüchtige Strafrechtspflege? Es frage sich daher, ob der notwendige Schutz der Privatsphäre mit dem althergebrachten Instrumentarium erreicht werden könne, falls dieses genauso bedient werde wie bisher. Es sei daher wohl notwendig, zuvor valide, also vorwertungsfreie Bewertungskriterien in diese Abwägung einzuführen. Und bezogen auf das Referat von Professorin *Zerbes* sei darauf hinzuweisen, dass es Schwierigkeiten bereiten werde, die Selbstbelastungsfreiheit und einen damit verbundenen Täuschungsschutz über die StPO und die EMRK sicherzustellen, weil die Grenzen und damit die Reichweite dieser Grundsätze noch immer diffus seien. Schon die umfangreiche Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 EMRK sei viel zu differenziert, um eine klare Linie erkennen zu lassen. Noch dazu trügen abweichende Entscheidungen nationaler Gerichte, etwa des BGH in Deutschland, ein Übriges zu dieser misslichen Lage bei.

Professor *Kuhlen* (Mannheim) würdigte beide Vorträge als außerordentlich anregend. Professorin *Zerbes* sei vollauf zuzustimmen, wenn es auch möglicherweise nicht ganz so einfach gehe, aber es sei doch absolut zutreffend, dass das Verhalten der Privaten nicht isoliert von dem staatlichen Kontext bewertet werden könne. Ausführlich fiel der Kommentar zum Vortrag von Professor *Bung* aus, der weit ausgeholt habe, am Ende aber doch eher konventionell bei vertrauten Abwägungsmodellen, Grundrechten etc. gelandet sei. Auch die Forderung nach Transparenz bei Observationen etc. sei durchaus vertraut, und auch dagegen sei nichts einzuwenden. Eine parallele Problematik sei in der Compliance-Diskussion geläufig, seit durch Compliance motivierte Verstöße gegen das Datenschutzrecht öffentlich bekannt geworden seien. Seine Kritik richte sich auf etwas anderes. Analog zu der schon am Vormittag gestellten Frage, „brauchen wir dazu so viel sozialwissenschaftliche Theorie“, habe er Zweifel, ob im Vortrag „Gewährsmänner“ angeführt worden seien, die „uns normativ wirklich weiterhelfen“. Er sei

enorm skeptisch gegenüber der Analyse von Foucault, weil diese in einer „apokryphen Weise“ Wertungen speichere, die ungeprüft mit übernommen würden, ohne empirisch abgesichert zu sein. In der Rhetorik dieser Analyse sei eine rabenschwarze und auch nivellierende Sicht der Dinge angelegt, die gerade deshalb intellektuell für manche besonders attraktiv sei. Dies könne man konkret zeigen, wenn man etwa die Bedeutung des Internet nehme, die im Vortrag eine so große Rolle gespielt habe. Er frage sich, wo hier der spezifische Zusammenhang zu Compliance sei, es handle sich doch vor allem um ein allgemeines Problem für die Privatpersonen und deren Persönlichkeitsrechte. Natürlich ließe sich sagen, dass der Staat durch seine Erziehungsmechanismen „trickreicherweise ein Über-Ich installiert“ habe und daher in den Bereich des Einzelnen vorgedrungen sei, so dass der Einzelne bei dieser Sichtweise dann auch Compliance betreibe, wenn er etwa dafür Sorge trage, dass von seinem Balkon keine Blumentöpfe herabfallen, die Passanten gefährden könnten. Wenn man aber Compliance, wie es Professor *Rotsch* überzeugend dargelegt habe, enger fasse, dann sei ihm der spezifische Zusammenhang zu Compliance nicht klar geworden. Das Hauptproblem habe jedoch darin gelegen, jedenfalls habe er den Vortrag (der ja eine sehr kritische Schlagseite gehabt habe) so verstanden, dass die Entwicklung dem Staat zugeschrieben werde, so als implementiere dieser durch Compliance in kritikwürdiger Weise seine Machtinteressen in die Unternehmen, so wie er sie durch die Herausbildung des Gewissens und die Schaffung von Anreizen für normkonformes Verhalten in das Individuum verpflanze; dies führe zu Wertungen, die er „nicht möge“.

Professor *Hilgendorf* (Würzburg) schlug bezogen auf das Referat von Professorin *Zerbes* vor, bei der analogen Anwendung der StPO noch einen Schritt weiter zu gehen und diese nicht nur betreffend § 136a dStPO auf unternehmensinterne Untersuchungen anzuwenden, sondern darüber hinaus. An Professor *Bung* sei sodann die Frage zu richten, ob nicht doch empirische Kriminologie benötigt werde, Foucault beantworte nicht alles. Es sei auch zu bedenken, dass die gegenwärtigen Konzepte von Privatheit nicht neu seien, es handle sich wohl um eine Entwicklung aus dem 19. Jahrhundert, und wohlmöglich schlage das Pendel einfach zurück. Heute würde mit der Privatsphäre großzügiger umgegangen als früher, viele Jüngere hätten beispielsweise mit Spuren im Internet kein Problem. Wenn man doch der Ansicht sei, gegen diese Entwicklung müsse eingeschritten werden, wolle er empfehlen, dies nicht mit Kant zu versuchen, sondern mit technischen Maßnahmen. Man könne technisch sicherstellen, dass Spuren im Internet gelöscht, weniger Daten erhoben, die Provider in die Pflicht genommen werden etc. Dies könne dann dazu beitragen, Privatheit zu schützen, jedenfalls solange Menschen leben würden, die auf Privatheit Wert legen. Er habe aber den Eindruck, dass das Schutzbedürfnis schwinde.

Professor *Müller* (Passau) stimmte Professorin *Zerbes* in rechtlicher Hinsicht zu, aber er wolle doch klarstellen, dass seinen praktischen Erfahrungen nach die Unternehmensanwälte allzu sehr dämonisiert würden. Ginge man einmal weg von Korruptionsermittlungen zum Diebstahl eines Lagerarbeiters, so habe der Arbeitgeber doch sicher ein Interesse daran, dem Verdacht selbst nachzugehen. Zudem sei die Gleichstellung der unternehmensinternen Untersuchungen mit der staatlichen Strafverfolgung schief, denn der Staat habe eine ungleich größere Machtfülle; wenn man sich nur schon vorstelle, dass die Staatsanwaltschaft bei einer Vernehmung mit Handschellen und Haftbeschluss vor einem sitze, seien die Unternehmen davon doch weit entfernt. Auch liege ein wesentlicher Gesichtspunkt für den Erfolg von privaten Ermittlungen im Unternehmen darin, dass der Arbeitgeber nicht Druck ausübe, sondern – etwa bei Amnestiezusagen – auf Rechte verzichte. Dies habe mit der Realität mehr zu tun.

Professor *Kindhäuser* (Bonn) betrachtete die Ausführungen von Professorin *Zerbes* sowohl strafprozessual, als auch vom Ergebnis her als überzeugend und konsensfähig, soweit sie die Unternehmensangehörigen beträfen. Aber das Ganze habe zwei Seiten, man habe es nicht nur mit den Unternehmensangehörigen zu tun, sondern es gehe auch um das Unternehmen selbst. Insoweit komme dann die Compliance-Frage auf, wobei er die rechtliche Konstruktion traditionell, etwa ähnlich wie einen Vollrauschtatbestand oder die *actio libera in causa* sehe: Obwohl die Straftat der Mitarbeiter begehe, werde dafür das Unternehmen strafrechtlich zur Verantwortung gezogen. Das Unternehmen müsse strafrechtlich gesehen „Person“ werden und der Forderung nachkommen, „sei anständig“, nach außen hin also mit dem Anspruch auftreten „ich bin anständig“, denn bei der Verbandshaftung gehe es ja um die Verantwortung für eigenes Fehlverhalten des Unternehmens. Wenn nun also die Situation auftrete, dass ermittelt werde und das Unternehmen nicht kooperiere, stehe das Unternehmen, wenn sich dann doch etwas ergebe, „dumm da“; decke das Unternehmen dagegen mit auf, dann stehe das Unternehmen selbst wohlmöglich besser da, aber es belaste regelmäßig seine Angehörigen. Dies sei der Zwiespalt, der durch das Beispiel der unternehmensinternen Ermittlungen illustriert werde und der sich ergebe, wenn man über Verbandshaftung nachdenke.

Professor *Heger* (Berlin) hob zum Referat von Professorin *Zerbes* hervor, dass eine Parallele zur StPO auch weitergehend implizieren könne, dass sich der Mitarbeiter nicht nur auf die Freiheit vom Selbstbelastungszwang berufen könne, sondern auch auf ein Recht zur Selbstverteidigung. Um dieses wahrnehmen zu können, sei ihm dann also eventuell auch ein Recht auf anwaltlichen Beistand oder eine unternehmensexterne Erkundigungsmöglichkeit einzuräumen.

Professor *Schünemann* pflichtete der Analyse von Professorin *Zerbes* vollständig bei, wolle aber noch einen Schritt „weiter in die Luft springen“. Sie habe

dargelegt, dass hier ein Schattenverfahren stattfinde, der Staat könne sich der Compliance zur – seinem Empfinden nach – unerträglichen Ausweitung staatlicher Macht bedienen, es sei denn, man würde nun eine radikale Eingrenzung einführen. Es wäre daher zu erwägen, die Aussagen der Mitarbeiter beispielsweise analog § 136a dStPO wegen Versprechens unzulässiger Vorteile für unverwertbar zu erklären, denn das Unternehmen erkaufe sich die Mitwirkung doch bei Lichte betrachtet durch ein Nichtkündigungsversprechen, in dem die Drohung mitschwingt, wenn der Mitarbeiter nicht mitspielt, sei ansonsten seine Karriere im Unternehmen am Ende. Man solle allerdings nicht gleich den ganzen § 136a dStPO, sondern eine Generalanalogie praktizieren. Dies erscheine auch deshalb sympathisch, weil dann die zunächst im staatlichen Normdurchsetzungsinteresse benutzte Compliance wieder zum Schutz der Rechte des Betroffenen verwendet würde. Man würde dann die gesamten Ergebnisse der unternehmensinternen Untersuchung, jedenfalls den Teil der Zeugenaussage, sperren, es sei denn – insofern sei § 136a dStPO zu radikal – der Betroffene sei mit einer Verwertung einverstanden.

Professor *Schulz* (Frankfurt) schloss sich dem Lob an und richtete an Professorin *Zerbes* die Frage, wie die Rechtslage aussehe, wenn unternehmensinterne Ermittlungen ohne „Anfangsverdacht“ erfolgen, etwa wenn der neue Vorstand sicherheitshalber das Unternehmen auf deliktisches Verhalten durchleuchten lasse. Es sei auch darauf hinzuweisen, dass die Staatsanwaltschaft über unternehmensinterne Ermittlungen nicht immer glücklich sei, weil die Zeugen dann „verbrannt“ seien, sie würde daher eigene Ermittlungen vorziehen. Zu Professor *Kindhäusers* Votum sei anzumerken, dass bei einer rechtsstaatlichen Betrachtung von Compliance nicht mehr verlangt werden könne als eine „richtige“ Compliance und diese könne ja den Schutz der Angestellten mit einbeziehen. Zum Vortrag von Professor *Bung* merkte er an, dass Foucault selbst seine frühe Analyse später relativiert habe und es sei kriminologisch oder historisch genug zu Foucault angemerkt worden, so dass es zu ihm Fragezeichen gebe. Unabhängig davon könne man sich aber darauf einigen, dass Transparenz „gut“ sei. Man könne eventuell auf die Entscheidung des 2. Senats des Bundesverfassungsgerichts zur Verständigung zurückgreifen, der gesagt habe, Verständigung sei okay, aber es müsse alles dokumentiert werden, und alles, was nicht dokumentiert werde, unterfalle einem absoluten Revisionsgrund. Zwar gehe es bei den unternehmensinternen Untersuchungen noch viel informeller zu, aber das Transparenzgebot sei ein Grundtenor der Entscheidung, der Anerkennung verdiene.

Professor *Böse* (Bonn) stützte die These von Professorin *Zerbes* zur analogen Anwendung der dStPO mit dem Argument, dass im Unternehmen Interessenkonflikte bestehen würden, so dass das Unternehmen seine Verteidigungsrechte in der Regel zum Nachteil bzw. gegen andere ausspielt, daher passe die Parallele

zur StPO. Allerdings solle bei der Analogie im Blick bleiben, das bislang nur über ein Verfahrensrecht gesprochen worden sei, bezüglich der Eingriffsbefugnisse wolle man diese Parallele ja vermutlich nicht haben, daher sei das Ganze noch differenzierter durchzuspielen. Bei Eingriffen in grundrechtlich geschützte Positionen, die sich in einem unternehmensinternen Ermittlungsverfahren ereignen könnten, vermute er, dass der Schutz durch das Datenschutzrecht in der Regel ausreiche.

Zu diesen Wortmeldungen bezog zunächst Professor *Bung* Stellung. Er bestätigte, dass ein Rückgriff auf das Abwägungsverfahren voraussetze, dass dieses auch neu justiert werde, dies habe er auch im Vortrag deutlich gemacht. Er habe zu „Lebach I“ hinzugesetzt, dass der Gedanke einer Unzulässigkeit der Berichterstattung über strafrechtlich einschlägige Ereignisse auch für die Zeit vor der Verurteilung gelten müsse. Daran zeige sich, dass es ihm nicht einfach um eine Übernahme der bisherigen Modelle gegangen sei, sondern um deren Veränderung im Sinne des Persönlichkeitsschutzes. Aus seiner Sicht sei die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte die entscheidende Tür, die man aufstoßen müsse, wenn man die Herausforderungen rechtlich annehmen wolle. Auf die Voten von Professor *Kuhlen* und Professor *Hilgendorf* wolle er antworten, dass er Empirie auch „gut finde“, aber es gebe nicht zu viel Theorie. Und bei Foucault verhalte es sich leider so, dass es vielfach einen Anti-Foucault-Affekt gebe, aber es sei doch ein Theoretiker, den man brauche, um diese Veränderungen anzustoßen. Es sei bei seinem Referat, wie nochmals betont werden müsse, darum gegangen, eine rechtssoziologische Beschreibung einer Entwicklung zu liefern, die sich vollziehe und er glaube, dass man mit einer rechtssoziologischen Theorie, die wesentlich auf den drei Begriffen „Transparenz“, „Kontrolle“ und „Anonymität“ beruhe, eine verallgemeinernde Beschreibungsleistung erbringe. Für die Zukunft solle man die unmittelbare Drittwirkung von Grundrechten im Auge behalten.

Professorin *Zerbes* griff zunächst die Bedenken von Professor *Hauck* auf. Es sei völlig zutreffend, dass enorme Schwierigkeiten bestünden, den Gehalt des Täuschungsverbots oder die Reichweite der Selbstbelastungsfreiheit zu bestimmen, nur seien diese Schwierigkeiten für ihr Thema nicht spezifisch, diese hätten nichts mit der Privatheit oder der Pseudoprivatheit der Ermittlungen zu tun. Zurückzukommen sei auch auf die mehrfach angesprochene Frage, ob die Verhaltensregeln der StPO nicht insgesamt angewendet werden sollten. Zwar müsste dann die Nichtanwendung der Zwangsbefugnisse begründet werden, aber dies sei möglich, so dass man diesen Weg grundsätzlich gehen könne. Es sei aber doch Zurückhaltung angebracht, denn es bedeute doch einen größeren Schritt, die Geltung von Verhaltensregeln für Private zu postulieren, die bei den Ermittlungen gelten sollen, als aus der StPO Verhaltensregeln für die Staatsorgane zu begründen, die bei der Übernahme der Beweise in das Strafverfahren ein Verwertungs-

verbot vorgeben. Es sei ein anderes Vorgehen, bezogen auf das staatliche Verhalten der Beweismittelübernahme die Verwertung über die StPO zu begrenzen, als aus der StPO Verhaltensregeln für die privaten Ermittler abzuleiten. Der kleinere Schritt falle auch dogmatisch leichter, daher sei der Vortrag darauf zugeschnitten gewesen. Zur Entdämonisierung der privaten Ermittler sei zu sagen: Wenn diese so harmlos seien, wie Professor *Müller* es darstelle, dann umso besser. Soweit die Privaten resolut vorgehen würden, solle mit dem Vortrag dagegen gehalten werden, ansonsten nicht, dann bestehe kein Problem. Wende man sich nun abschließend noch der Konstellation zu, dass bei den Ermittlungen des Unternehmens noch kein konkreter Straftatverdacht bestehe, dann sei diese Konstellation auf dieselbe Weise zu entscheiden. Bei einer Untersuchung, die auf strafbares Verhalten ausgerichtet sei, bestehe permanent das Risiko, dass die Ergebnisse in das Strafverfahren überführt würden, daher seien der Vortrag und die vorgeschlagene Lösung auch darauf zu beziehen.

IV.

Professorin *Gless* (Basel) befasste sich in ihrem Vortrag mit dem Titel „Grenzüberschreitende Beweissammlung“ mit den Auswirkungen der zunehmenden internationalen Vernetzung auf das Strafverfahrensrecht. Die Moderation der Diskussion übernahm Professor *Weigend* (Köln).

Die Diskussion wurde von Professor *Rosenau* (Augsburg) eröffnet. Er stimme der präsentierten Lösung grundsätzlich zu, glaube aber, es sei gefährlich, die Grenzziehung des *lex fori*-Ansatzes auf die Menschenrechte zu beschränken. Bei der Bekämpfung des internationalen Terrorismus stelle sich die Frage, ob die *lex fori*, die den Einsatz von Waterboarding gegen Feinde des Staates erlaube, auch in Deutschland angewendet werden solle. Würde mit dem Staatsinteresse argumentiert, müsse wohl eher vom normativen Kollektivismus statt dem normativen Individualismus gesprochen werden. Dieser Ansatz sei ja auch aus dem IPR bekannt. Er firmiere dort unter dem Begriff des *Ordre Public*. Die Frage laute mithin, ob es eine solche *Ordre Public*-Klausel nicht auch hier geben müsste.

Als nächster ergriff Professor *Stuckenberg* (Bonn) das Wort. Er knüpfte an das Votum von Professor *Rosenau* an und betonte, dass die gleichen Probleme auch aus dem IZPR bekannt seien. Zwar stellten sich dort die Fragen mit Bezug auf die Menschenrechte nicht mit derselben Intensität wie im Strafrecht, aber die unterschiedlichen Wertvorstellungen in verschiedenen Rechtsordnungen würden auch dort zum Ausdruck kommen, so z.B. die Frage, wie Beweise erhoben würden, welche Rechte den einzelnen, auch oberhalb eines grundrechtlichen „minimal standard“, zuzugestehen seien, wo die Beweise erhoben worden seien, ob es auf

die Staatsangehörigkeit ankomme, ob auf den Aufenthaltsort abzustellen sei, ob nicht der Heimatstaat zuständig sei oder schließlich ob es eine Meistbegünstigung geben soll. Bei alledem sei es sinnvoll, für die Entwicklung eines internationalen Strafverfahrensrechts die Erkenntnisse und Strukturen des weiter fortgeschrittenen Internationalen Zivilprozessrechts nicht zu ignorieren. Als zweites griff er die im Vortrag genannten wertneutralen Prinzipien auf und meinte, es gehe nicht an, von Wertneutralität zu sprechen. Es stünden immer Wertentscheidungen auf dem Spiel. Auch die *lex fori* sei dementsprechend von Wertentscheidungen geprägt, z. B. bezüglich der Frage, wie die Beweise zu verwerten seien. Von einer fehlenden Rechtsbindung könne jedenfalls nicht die Rede sein, die Beweiswertung sei immer rechts- bzw. grundrechtsgebunden.

Professor *Popp* (Bern) knüpfte ebenfalls an die Regelung des Kollisionsrechts im Zivilrecht an und warf die Frage auf, ob ein Ansatz im Prinzip der doppelten Strafbarkeit gefunden werden könnte, das den Fokus auf die Zwangsmaßnahmen lege. Das Prinzip der doppelten Strafbarkeit wolle bekanntlich verhindern, dass im ersuchenden Staat jemand einer Zwangsmaßnahme unterworfen werde für eine Tat, die im ersuchten Staat nicht den Hintergrund einer Straftat hätte. Es gehe nicht so sehr um den begrenzenden Einfluss auf die Verwirklichung des materiellen Strafrechts im ersuchenden Staat, sondern vielmehr um den Schutz der Individuen im ersuchten Staat. Dieser Aspekt sei im Vortrag unter dem Stichwort des Zeugenschutzes abgehandelt worden. Der Zeuge solle davor geschützt werden, Aussagen zu machen, die er nach dem Recht des Sitzstaates nicht machen müsste, nach dem Recht des ersuchenden Staates aber wohl. Die Frage, die er an die Referentin stellte, lautete, ob der begrüßenswerte Ansatz der Meistbegünstigung durch Grundgedanken, auf welchen das Prinzip der doppelten Strafbarkeit beruhe, verstärkt werden könnte.

Professor *Schünemann* (München) ging auf den Alternativentwurf ein, der vor 10 Jahren in Dresden vorgestellt worden sei. Das, was als Schweizer Ansatz bekannt geworden sei, firmiere jetzt unter dem Begriff der *lex fori*. Vorbehalten worden sei der *Ordre Public*, was mit dem Kernbereich der tangierten Grundrechte gleichgesetzt werden könne. Vorausgesetzt werde bei alledem jedoch, dass eine relativ frühzeitige Fixierung der Zuständigkeit erfolge. Diesbezüglich seien schon Vorschläge gemacht worden. Die frühe Festlegung dürfe aber nicht von den Strafverfolgungsbehörden alleine vorgenommen werden. Es müsse eine Kontrollinstanz geben.

Professor *Ambos* (Göttingen) zweifelte daran, dass die Unterscheidung zwischen Normrelativismus und Universalismus strikt aufrechterhalten werden könne. Ein normrelativer Ansatz könne die Beschuldigtenrechte durchaus stärken, wenn die Normen, um die es gehe, aus einem System stammten, das solche Rechte zugestehe. Beim universalistischen Ansatz komme es immer darauf, auf

welches System Bezug genommen werde. Aus diesem Grund sei auch die EMRK als ein relatives System zu betrachten. Daher könne nicht behauptet werden, das universalistische System garantiere die Beschuldigtenrechte besser als das normrelative. Im Weiteren liege der Teufel, wie so oft, auch hier im Detail. Es sei deshalb zu überlegen, was beispielsweise die Meistbegünstigung konkret im Verfahren bedeute bzw. welches Beschuldigtenrecht im konkreten Verfahren das stärkste sei. Die Ermittlungsanordnung sei in ihrer Logik an sich korrekt, denn es sei ein Unding, dass ein Staatsanwalt fremdes Recht zur Anwendung bringe. Aus praktischer Sicht werde beispielsweise ein deutscher Staatsanwalt doch kein schottisches Recht anwenden. Aus der Perspektive des Beschuldigten aber auch des Zeugen, der fremden Ermittlungsorganen gegenüberstehe, sei die Situation bezüglich der ihnen zukommenden Rechte noch schlechter. Weiter habe die Referentin vertreten, dass die Anwendung fremden Rechts aus dem Völkerrecht ableitbar sei. Dies könne zwar in einem völkerrechtlichen Vertrag festgehalten werden. Aber auch dann sei die Grundrechtsgrenze einzuhalten. Er wage es zu bezweifeln, dass die Festlegung einer Fremdrechtsanwendung ohne Vorbehalte in Karlsruhe Bestand hätte. Die Frage sei letztlich, wo diese Grundrechtsgrenze verlaufen solle. Dieser „minimal standard“ sei im Grunde genommen nur supranational festzulegen. Der richtige Ansatz sei in den Richtlinien der EU zu sehen.

Professor *Jahn* (Frankfurt a.M.) lobte den Vortrag von Professorin *Gless*, von dem er viel gelernt habe. Er habe nur drei kleinere Anmerkungen. Erstens zur völkerrechtlichen Basis: Nicht genügend deutlich expliziert worden sei die Frage der Völkerrechtssubjektivität des Individuums. Man müsse zur Kenntnis nehmen, dass – auch wenn neuere Bestrebungen zur Revision dieser Auffassung im Gange seien – viele Völkerrechtler der „old school“ dazu nach wie vor kritisch stünden. Zweitens zu den rechtsphilosophischen Grundlagen: Der Vortrag habe auf den normativen Individualismus abgestellt. Nun sei dieser Begriff aber ein großes Wort. Es erfasse den Utilitarismus ebenso wie Rawls, auf den offenbar besonders Bezug genommen worden sei. Auch diesbezüglich wünsche er sich von der Referentin noch Präzisierungen. Drittens zur Frage, welcher Schluss aus dem Meistbegünstigungsprinzip für das innerstaatliche Recht gezogen werden könne: Der für die amtliche Sammlung vorgesehene Beschluss des BGH vom 21. 11. 2012 (1 StR 310/12), an dem Professor Radtke als Berichterstatter beteiligt gewesen sei, sei grundsätzlich zu begrüßen, enthalte aber auch die eine oder andere Fußangel. Als Beispiel dafür seien die Ausführungen zum hypothetischen Ersatzeingriff zu nennen. In dem Beschluss sei erwogen worden, man hätte die Beweismittel auf legalem Weg beschaffen können, wenn man sich zur rechten Zeit um Rechtshilfe bemüht hätte. Die Frage laute, ob der von der Referentin vertretene Lösungsansatz auch ein Mittel gegen das „Unkraut des hypothetischen Ersatzeingriffs“ sei

und darüber hinaus auch gegen weitere Wucherungen in der Rechtsprechung des BGH zu den Beweisverwertungsverböten.

Als weiterer Diskutant ergriff Professor *Satzger* (München) das Wort. Er knüpfte an das Votum von Professor *Ambos* bezüglich seiner Aussage, der Teufel liege im Detail, sowie an die generelle Aussage an, es müsse bereits am Anfang feststehen, wo der Prozess enden werde. Bei der organisierten Kriminalität sei jedoch zu erwarten, dass mehrere Prozesse stattfänden, die evtl. sogar erst verzögert aufgerollt würden. Hier sehe er noch viele Probleme, auch wenn eine Einigung auf das Modell vorliege. Die zweite Anmerkung bezog sich auf die Parallele, die sich vielleicht zum IZPR ziehen ließe. Ein interessanter Aspekt sei hervorgehoben, nämlich die sog. Notbremsenregelung. Ein Staat könne sich danach, wenn er der Ansicht sei, einer Regelung wolle er keine Folge mehr leisten, ausklinken. Dies sei insofern problematisch, weil die politischen Gegebenheiten berücksichtigt werden müssten. Nur so könne garantiert werden, dass eine möglichst große Anzahl an Staaten eine rechtliche Regelung trage.

Professor *Eser* (Freiburg) nahm zunächst zu vorangehend angesprochenen Verantwortlichkeiten der bei grenzüberschreitenden Strafverfahren beteiligten Gerichtsbarkeiten Stellung. Nach seiner Meinung habe letztverantwortlich das Gericht, welches das Urteil zu fällen hat, sicherzustellen, dass die Menschenrechte die gebotene Beachtung finden. Danach brachte er das zuvor noch zu wenig beachtete Problem der Mehrfachverfolgung auf. Anstatt wie traditionellerweise einer weiteren Bestrafung mit dem – transnational ohnehin noch wenig anerkannten – Verbot von „ne bis in idem“ entgegenzuwirken, versuche man neuerdings Mehrfachverfolgungen bereits damit zu begegnen, dass die Zuständigkeiten möglichst früh festgelegt würden. Dies sei jedoch alles andere als einfach zu verwirklichen. So bestehe schon materiellrechtlich das Problem, dass viele Anknüpfungspunkte existierten. Solange es aber keine Hierarchie dieser Anknüpfungspunkte gebe, werde es immer auch Konkurrenzen auf materiellrechtlicher Ebene geben. Damit unvermeidbare Überlappungen verschiedener Strafrechtsansprüche setzten sich auf prozessualer Ebene fort, wenn es um die Vorrangigkeit und Abstimmung der Zuständigkeit gehe. Insbesondere sei dabei nicht von Anfang an abschätzbar, welches Land das geeignetste sei, um den Prozess durchzuführen. Ein drittes Problem, das vorangehend überhaupt noch nicht angesprochen worden sei, liege in möglichen „Scheinverfahren“, indem im Falle der Konkurrenz mehrerer nationaler Justizsysteme ein Land ein Interesse daran haben könne, das erste zu sein, um Schuldige vor einer Verurteilung abzuschirmen und mittels „ne bis in idem“ andere Länder von einer Bestrafung auszuschließen. Deshalb sei an die Referentin die Frage zu stellen, ob es bei frühzeitiger Festlegung der Zuständigkeit für den Fall, dass dies zu einem missbräuchlichen Freispruch ausgenutzt wurde oder umgekehrt eine Verurteilung

unter gravierender Verletzung von Menschenrechten erfolgte, nicht die Möglichkeit geben müsse, das Verfahren neu aufzurollen, ähnlich wie dies etwa in den Verfahren der internationalen Strafgerichtsbarkeit möglich sei.

Professor *Sieber* (Freiburg) stimmte der im Referat von Professorin *Gless* vertretenen Abwendung von der *lex loci* zugunsten der *lex fori* grundsätzlich zu. Mit einer Anwendung und insbesondere der frühen Festlegung auf eine bestimmte *lex fori* seien jedoch – ähnlich wie bei anderen Lösungsansätzen – drei Problemkreise verbunden: Erstens wüssten die Ermittlungsbehörden – insbesondere bei komplexen, arbeitsteilig organisierten und viele Staaten berührenden Straftaten – zu Beginn der Ermittlungen oft nicht, wo die Schwerpunkte des Sachverhalts und der Ermittlungen liegen, in welchem Staat später Anklage erhoben werde und welche *lex fori* damit für ihre Ermittlungen zugrunde zu legen sei. Zweitens sei es für die Ermittlungsbehörden selbst bei feststehendem Gerichtsort und damit definierter *lex fori* schwierig, das Strafrecht einer ausländischen Rechtsordnung anzuwenden, insbesondere wenn nicht einmal Übersetzungen der einschlägigen ausländischen Strafverfahrensordnungen vorlägen. Drittens stelle sich das von Professorin *Gless* sehr anschaulich gemachte Problem des Individualschutzes bei abweichenden Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsregeln. Der in dem Referat vertretene Ansatz der *lex fori* löse das letztgenannte Problem des Individualschutzes gut, allerdings nicht ohne Rechtsunsicherheit. Die beiden erstgenannten Problemkreise würden mit einer *lex fori*-Lösung jedoch noch nicht zufriedenstellend gelöst, vor allem wenn die Rechtsordnungen der kooperierenden Staaten sehr unterschiedlich seien. Deswegen sollten im europäischen Strafrecht zur Ergänzung des *lex fori*-Ansatzes sehr viel mehr und präzisere supranationale Regelungen geschaffen werden. Dies laufe letztendlich auf eine europäische Teilstrafverfahrensordnung für grenzüberschreitende Beweiserhebungen hinaus, die aber zunächst nur für europäische Verfahren Geltung beanspruchen sollte. Die mit der abweichenden *lex fori* verbundenen Probleme würden erst beseitigt, wenn die wesentlichen Grundsätze der transnationalen Beweiserhebung harmonisiert oder in einem europäischen Kooperationsrecht einheitlich festgeschrieben seien. Die Ermittlungsbehörden müssten dann auch nicht mehr über die spätere Anwendbarkeit und den möglichen Inhalt fremder europäischer Verfahrensordnungen spekulieren. Eine wirkliche Lösung der Probleme sei daher nur langfristig durch eine stärkere Rechtsharmonisierung und ein detaillierteres europäisches Kooperationsrecht möglich.

Professor *Böse* (Bonn) war der Auffassung, dass der *Ordre Public* nicht passe. Dieser beziehe sich immer nur auf eine Bewertung der Rechtsordnung, mit der man zusammenarbeiten wolle. Hier gehe es aber um Maßnahmen, die im eigenen Hoheitsgebiet durchgeführt werden sollen und von den zuständigen Behörden

auch verantwortlich werden müssten. Diese aber seien an das geltende Recht gebunden und nicht nur an den Ordre Public. Man könne sich aber auf den Standpunkt stellen, dies sei anders zu regeln. Bei den Zeugnisverweigerungsrechten sei sicherlich nicht alles verfassungsrechtlich vorgegeben. Grundsätzlich gelte aber die Regelung der StPO für all das, was auf deutschem Boden stattfindet, und zwar auch dann, wenn es in ein ausländisches Verfahren eingeführt werden soll. Der Ausgangspunkt dafür stelle der Grundsatz dar, dass ein ausländisches Strafverfolgungsinteresse nicht anders als ein inländisches Strafverfolgungsinteresse zu bewerten sei. Anknüpfend daran stelle sich die Frage, welche Rolle die *lex loci* im ausländischen Staat haben könne. Am Beispiel des zitierten Falles mit Bezügen zu Schottland sei wie folgt zu fragen: Finde eine Vernehmung der Ehefrau in Deutschland statt, sage diese, die nicht über ihr Zeugnisverweigerungsrecht belehrt worden sei, aus und werde das entsprechende Vernehmungsprotokoll anschließend nach Schottland transferiert, müsse festgelegt werden, was für die Beweisverwertung in Schottland gelte. In casu müsste die Frage der Beweisverwertung nach schottischem Recht zu bewerten sein, weil und wenn dem Ansatz der *lex fori* gefolgt werde. Die Anschlussfrage laute dann aber, worin der normative Grund bestehe, auf eine ausländische Rechtsordnung abzustellen. Am Ende des Referats sei angedeutet worden, dass auf die *lex loci* abgestellt werden könne. Dazu würde er in der Replik gerne noch Genaueres hören wollen.

Professor *Heger* (Berlin) brachte auf, dass nicht nur die Mehrfachverfolgung, sondern auch die Mehrfachbestrafung bzw. das Verbot der Mehrfachbestrafung im Sinne des Grundsatzes „ne bis in idem“ zu berücksichtigen sei. Im von der Referentin angeführten Fall würde eine Verurteilung in Österreich möglich sein, in Deutschland würde einem Schuldspruch aber vielleicht ein Verwertungsverbot entgegenstehen. Dieser wiederum würde aber innerhalb der EU bzw. des Schengen-Raumes ein „ne bis in idem“ für die gleiche Tat in Österreich begründen. Dieses sich daraus ergebende Dilemma müsse gelöst werden. Es seien aber noch ganz andere Gesichtspunkte erkennbar, so z.B. die Frage, ob nicht Deutschland im Falle eines Auslieferungsbegehrens gegenüber der Schweiz hinter Österreich zurückzustehen habe. EU-weit sei ein solches Vorgehen durchaus sinnvoll, weil man in Österreich schon das Material habe, das für die Durchführung des Verfahrens notwendig sei. In der EU bestehe die Erwartung der Rechtsstaatlichkeit, weshalb Fake Trials nicht zu erwarten seien, so dass Deutschland sich auf den Standpunkt stellen könnte, Österreich solle das Verfahren durchführen, weil die Einleitung auch dort stattgefunden habe. Diese Lösung sei realistischer, weil am Anfang des Verfahrens schlecht gesagt werden könne, wer daran interessiert sei. Am Ende sei aber durchaus zu sagen, wer der geeignete Staat sei, um das Verfahren innerhalb der EU bzw. des Schengen-Raumes durchzuführen. Auch im zweiten Beispielfall stelle sich ein Problem mit dem normativen Individualismus.

Im Falle eines Opfers einer Sexualstraftat, welches bereits einvernommen worden sei, sei diese Einvernahme im anderen Staat möglicherweise nicht verwertbar. Hier müsste dieser Staat eine zweite Vernehmung veranlassen und durchführen, im Beispielfall wäre also Ungarn verpflichtet, eine solche Einvernahme auf seinem Staatsgebiet mit seinen Behörden zu ermöglichen. Unter dem Gesichtspunkt des Opferschutzes wäre diese Lösung problematisch. Es sei deshalb zu fragen, ob es unter diesen Umständen nicht sinnvoller sei, das Verfahren in Ungarn durchzuführen, wo alle Regeln des dortigen Rechts eingehalten worden seien. Auch dies sei eine ex post-Entscheidung, nicht der Verfolgung zwar, aber eine prognostische Verwertung des Gerichtsstaats, der als erster agiert habe. Der dritte Punkt betraf Regelungen bezüglich Ehegatten. Nun sei es aber so, dass im Falle von homosexuellen Partnerschaften innerhalb der EU ganz unterschiedliche Regelungen vorhanden seien. Hier würden sich einige Vorfragen stellen, die unter Rückgriff auf die zivilrechtlichen Regeln gelöst werden könnten.

PD *Jean-Richard-dit-Bressel* (Zürich) brachte die Sicht des Praktikers ein, indem er geltend machte, es müsse unbedingt vermieden werden, dass ein rechtskonform erhobener Beweis nachträglich durch Veränderung der Verfahrensrealität ungültig werde. Er führte dazu das Beispiel einer ausländischen Person an, die z. B. in der Schweiz bereits einvernommen worden sei, anschließend aber in ihren Heimatstaat flüchte und nicht mehr ausgeliefert werden könne, wobei in der Folge dieser Staat dann zuständig werde. Es schiene unverhältnismäßig, sich in solchen Fällen auf den Standpunkt zu stellen, die bis dahin erhobenen Beweise seien ungültig. Deshalb plädierte er für eine geltungszeitliche Anwendung der *lex fori*, ähnlich wie im Falle des geltungszeitlichen Rechts bei der *lex mitior*.

Nach den zahlreichen Wortmeldungen erhielt Professorin *Gless* die Gelegenheit, auf die aufgebrachten Fragen und Diskussionsbeiträge zu replizieren. Sie begann damit, zu erklären, womit sie sich in ihrem Vortrag auseinandergesetzt habe. So habe sie die heutige Rechtspraxis angeschaut, auch deshalb, weil die sehr verdienstvollen Vorschläge aus der Wissenschaft sich als Luftschlösser entpuppt hätten, die von der Rechtspraxis in keinerlei Art und Weise berücksichtigt worden seien. Werde von dieser Prämisse ausgegangen, dann sei der Leitsatz des 1. Senats aus dem Jahr 2012 als Maßstab zu nehmen, Auslandsbeweise seien an den Voraussetzungen der Inlandsbeweise zu messen. Hier seien aber Vorbehalte angebracht. Z. B. sei zu fragen, was passiere, wenn Recht harmonisiert werde. Zurückhaltung eines Gerichts sei dann angebracht, wenn entschieden werden müsse, ob Beweise, welche in einem anderen Staat korrekt erhoben worden seien, verwertet werden könnten. Aus diesem Grund habe sie in ihrem Vortrag den Begriff der Rechtskonnotation verwendet. Es gebe keine abstrakte Antwort auf die Frage, welche Wertentscheidung die bessere sei. Deshalb sei in jeder Strafprozessordnung eine Norm notwendig, die sich zur Ver-

wertbarkeit von Auslandsbeweisen dahingehend äußere, dass diese an der eigenen Rechtsordnung zu messen seien. Dieser Leitsatz sei unabdingbar. Jede Art von Einschränkung erfordere eine rechtspolitische Entscheidung, welche durch völkerrechtliche Verständigung zwischen den Staaten festzulegen sei. Ein umstrittenes Beispiel in diesem Zusammenhang sei das Zeugnisverweigerungsrecht für Seelsorger. In der Schweiz beispielsweise gebe es ein Zeugnisverweigerungsrecht, wenn gemeinsame Kinder da seien, und zwar unabhängig davon, ob man verheiratet sei oder nicht. Eine solche Regelung würden die anderen Staaten nicht kennen, so dass festzuhalten sei, dass zum Teil erhebliche Unterschiede zwischen den Staaten existierten, welche mittels Verständigung zu einem Ausgleich zu bringen seien. Zur Zeit sei eine Einigung zwischen den Staaten nicht auszumachen, so dass der einzige Aufhänger, die einzige gemeinsame Grundlage innerhalb Europas die EMRK darstelle, welche – das sei nicht verschwiegen – ein Kind ihrer Zeit sei. Es sei damals in erster Linie um den Schutz des Beschuldigten gegangen. Nicht gesehen worden sei die Frage des allgemeinen Persönlichkeitsrechts oder die Frage des Opferschutzes. Ob diese Grundlage noch zeitgemäß sei, sei hier offen gelassen. Den Begriff des normativen Individualismus werde man wertend ausfüllen müssen, diese Aufgabe komme aber nicht den Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrern zu, sondern Gesellschaft und Politik. Ebenso festgelegt werden müsse die völkerrechtliche Basis des grenzüberschreitenden Individualschutzes. Eine andere Möglichkeit bestehe darin, mit einer Generalklausel zu arbeiten, die hinreichend bestimme, dass in jedem Staat darüber entschieden werden könne, aber auch müsse. Weiter dankte die Referentin Professor *Schünemann* für die Nennung des Alternativentwurfes. Es seien in der Vergangenheit ja zahlreiche gute Vorschläge formuliert worden. Wichtig sei nun, dass eine Einigung bezüglich eines Vorschlages bestehe und dieser auch umgesetzt werde. Sie sehe es als rechtspolitische Aufgabe der Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrer an, diesen Themenbereich in die Politik zu tragen. Zum IPR sei festzuhalten, dass eine mögliche Anknüpfung zwar ein sehr interessanter Lösungsansatz darstellen würde, das IPR jedoch auf die hier interessierenden Fragestellungen nur begrenzt übertragbar sei. Zum einen habe das IPR nicht das Forumproblem, das wir hätten. Im IPR sei eine Verschiebung eines einmal begründeten Gerichtsstands nur unter erschwerten Voraussetzungen denkbar. Zum andern werde im IPR vor allem materielles Recht angewendet und nicht Prozessrecht, ein ebenfalls erheblicher Unterschied zum internationalen Strafverfahrensrecht. Sie stelle fest, dass Professor *Stuckenberg* damit nicht ganz einverstanden sei, weshalb ihm die Ehre gebühre, sich bei der nächsten Strafrechtslehrertagung dazu zu äußern. Zum Prinzip der doppelten Strafbarkeit sei ebenfalls festzuhalten, dass es sich hier um ein materiellrechtliches Problem handle, weshalb es als Lö-

sungsansatz zu den sich hier stellenden Fragen nur bedingt dienen könne. An Professor *Rosenau* gewendet meinte die Referentin schließlich, der Vorschlag des „minimal standard“ in Form des Ordre Public sei deshalb nicht durchschlagend, weil der vom Ordre Public garantierte Schutz zu schwach sei. Es wäre ihrer Ansicht nach gut, wenn der Gesetzgeber oder die Gerichte dazu gezwungen würden, Farbe zu bekennen. Zur Problematik des Forumshoppings sei aus der Perspektive der Schweizer Praxis festzuhalten, dass zwei verschiedene Verfahren geführt würden. Frage also beispielsweise Italien an, eine Telefonüberwachung anzuordnen, und werde befürchtet, die Beweise könnten nachher nicht verwertet werden, werde in der Schweiz ein sog. Spiegelverfahren eröffnet und durchgeführt. Schließlich sei festzuhalten, dass es nach bisherigem Erkenntnisstand zumindest in Europa zu einer Vereinheitlichung kommen werde. Auch wenn man einem „Brüsseler Einheitsbrei“ skeptisch gegenüberstehe, sei nicht zu verkennen, dass die Entwicklung in diese Richtung weise, insbesondere dann, wenn nicht beim „minimal standard“ verharret, sondern dieser überschritten werde. Zu guter Letzt ging die Referentin noch auf die Bemerkung von PD *Jean-Richard-dit-Bressel* ein, der die Anliegen der Praxis zum Ausdruck gebracht habe: Harmonisierung ohne Aufgabe der eigenen Rechtsordnung. Hierzu sei nur anzumerken: „You can't have it all.“

V.

Die Podiumsdiskussion am Sonntag stand unter dem Thema „Strafrechtliche Regelung der PID – notwendiger Schutz der Menschenwürde oder hypokritische Gesetzgebung?“. Professor *König*, Richter am BGH, führte zunächst kurz in die Fragestellung ein, wobei er insbesondere Ausführungen zum PID-Urteil des 5. Strafsenats machte. Sodann folgten drei Impulsreferate der Professoren *Tag* (Zürich), *Schroth* (München) und *Duttge* (Göttingen), wobei der Schwerpunkt des Referats von Professorin *Tag* auf der Rechtslage in der Schweiz lag. Dabei ging sie nicht nur auf die Rechtslage de lege lata ein, sondern zeigte insbesondere auch auf, welche Entwürfe bezüglich der Änderung von Art. 119 BV sowie derjenigen des Fortpflanzungsmedizingesetzes vorliegen. Professor *Schroth* beleuchtete in seinem Referat die Rechtslage in Deutschland, wobei er diesen ebenfalls in eine Darstellung der derzeitigen Rechtslage im Embryonenschutzgesetz sowie eine Vorstellung des Augsburg-Münchener-Entwurfs eines Fortpflanzungsmedizingesetzes (AME-FMedG) gliederte. Professor *Duttge* nahm zu diesen beiden Standpunkten eine kritische Sichtweise ein, indem er im ersten Teil seines Referats Kritik an den vorgebrachten Gründen für die Zulassung der PID vortrug, sich im zweiten Teil gegen den organisatorischen und verfahrensrechtlichen Rahmen stellte und im

letzten Teil die Frage nach den Konsequenzen des neuen Rechts für den regulatorischen Zugriff auf den Schwangerschaftskonflikt und die Gendiagnostik aufwarf.

Die Diskussion begann mit einer Wortmeldung von Professorin *Frommel* (Kiel). Sie stelle im Rahmen ihrer Beratungstätigkeit fest, dass relativ viele Paare vorhanden gebliebene Blastozysten spenden wollten, weil sie sich auf den Standpunkt stellten, dass etwas, das mit vielen Schmerzen verbunden gewesen sei, nicht einfach weggeworfen werden solle. Weiter müsse gefragt werden, welches Rechtsgut das ESchG überhaupt schütze. Sie habe auch schon schriftlich dahingehend argumentiert, dass es grundlegende, für die Zivilisation bedeutsame gattungsethische Überlegungen, nämlich die Achtung vor der Entstehung menschlichen Lebens, gebe, die als kollektives Rechtsgut in die Rechtsgutstheorie eingebracht werden könnten. Man könne damit die verfassungsrechtliche, ethische Frage und die liberale Interpretation des einfachen Rechtes relativ elegant kombinieren. Eine Klarstellung sei dahingehend vorzunehmen, dass die PIDV noch nicht in Kraft stehe. Sie vermute aber, dass gewisse Länder diese Verordnung gar nicht umsetzen werden, weil sie eine Ermächtigung und keine Verpflichtung enthalte. Dies würde für ein Paar bedeuten, dass es von einer Ethikkommission, die mittels eines verwaltungsrechtlichen Aktes entscheiden würde, abhängig sei und den von ihr gefällten Entscheid nicht anfechten könne. Eine Anfechtungsklage sei von einem betroffenen Paar, so die Auskunft der angefragten Kieler Verwaltungsrechtler, nicht zu gewinnen, weil die Ethikkommission ihre Begründung vorsichtig formulieren werde. Damit stehe man vor einem gerichtlich nicht überprüfbaren Entscheid eines Gremiums, von dem das Paar in existenzieller Weise abhängen würde. Deshalb habe sie keine Einwände gegen das grundsätzliche Verbot von Art. 3a ESchG mit Ausnahmeregelung, wobei der Auffangtatbestand bei der Aneuploidie der bedeutsamere sei. Die Fälle, bei denen Paare gar keine Kinder kriegen könnten, stünden mithin im Vordergrund. Ob Art. 3a ESchG bei der Trophektoderm-Biopsie anwendbar sei oder nicht, wolle sie vorliegend offenlassen. Die Trophektoderm-Biopsie sei von den Humangenetikern jedenfalls noch weiterentwickelt worden. Es würden keine pluripotenten, sondern nur noch monopotente Zellen untersucht. Müsste man hier das Rechtsgut definieren, läge der Schluss nahe, dass dieses – sie gebe zu, es werde satirisch – in der Unversehrtheit der Plazenta zu sehen sei. Aus alledem sei abzuleiten, dass die Optimierung des Menschen im Sinne von Habermas ein Randproblem darstelle. Empirisch könne dazu aber gesagt werden, dass es eine ziemlich konsequent durchgeführte Neugeborenen-Screening-Methode gebe. Die Zahl der embryopathisch bedingten Schwangerschaftsabbrüche gehe jedenfalls zurück. Statistisch gesehen könnten also schwere genetische Erkrankungen als vernachlässigbar angeschaut werden. Bei den Hauptanwendungsfällen sehe sie kein ethisches Problem. Denn die Methode verringere die Zahl der Fehlgeburten und

-behandlungen und sei kostenreduziert. Es gehe nicht um Behinderungen, sondern um überhaupt ein Kind. Wolle man nicht ganz deutliche Wertungswidersprüche produzieren, sei das ethische Augenmerk darauf zu richten, ob nicht eine Verpflichtung bestehe, kostengünstig und gleichmäßig medizinische und genetische Methoden zur Verfügung zu stellen, damit in einer demographisch sich wandelnden Gesellschaft auch ältere Paare Kinder bekommen könnten. Hier sehe sie eine verfassungsrechtliche Pflicht des jeweils nationalen Gesetzgebers.

Professor *Gropp* (Gießen) stimmte der Referentin sowie den beiden Referenten zunächst im Wesentlichen zu. Professor *Duttge* pflichtete er bei, wenn er vom „Traum von der neuen schönen Welt“ spreche. Dieser Traum werde im Bereich der Reproduktionsmedizin bereits geträumt, wo die PID geradezu euphorisch als Königsweg zur risikolosen Erfüllung eines Kinderwunsches betrachtet werde, ohne dass man sich des dafür zu zahlenden hohen Preises in Sachen Lebensschutz bewusst sei. Zudem dürfe nicht übersehen werden, dass die Durchführung einer PID zur lukrativen Einnahmequelle werden könne, zumal man Paare leicht mit dem Argument unter Druck setzen könne, es sei fahrlässig, sich einen Kinderwunsch ohne vorsorgliche Durchführung einer PID erfüllen zu wollen. Professor *Schroth* habe in seiner Stellungnahme zum Entscheid des KG Berlin in NSTZ 2009, 233, überzeugend aufgezeigt, dass die gesetzliche Regelung im ESchG nicht so lückenlos ist, wie man stets geglaubt hat. Wenn es aber Lücken im Lebensschutz gebe und man darüber nachdenke, sie zu schließen, dann gelte es Grundsätze zu finden, denen die Lückenausfüllung folgen soll. Die Frage laute dann, woher man diese Grundsätze nehmen soll. Im Bereich des Lebensschutzes Ungeborener gestalte sich diese Suche ganz besonders schwierig. Immerhin habe man aber mit der Regelung des straflosen Schwangerschaftsabbruchs ein rechtliches Instrumentarium, auf das man bei aller Umstrittenheit Bezug nehmen könne. Es sollte mithin versucht werden, eine dem Schwangerschaftsabbruch ähnliche Regelung für eine strafffreie PID zu finden. Unter diesem Blickwinkel gehe der Vorschlag der Kollegen aus Augsburg und München in Form des AME-FMedG durchaus in die richtige Richtung, insbesondere wenn Parallelen zu einem embryopathisch begründeten Schwangerschaftsabbruch hergestellt würden. Vor die Wahl gestellt, denselben werdenden Menschen aus Anlass des unerwünschten Ergebnisses einer PID „wegzuschütten“ oder ihn im Rahmen einer embryopathisch begründeten medizinisch-sozialen Indikation zum Schwangerschaftsabbruch bis ins Spätschwangerschaftsstadium hinein abzutöten, sei die Entscheidung für die PID unumstritten. Von strafrechtlichen Verboten im Bereich der PID dürfe nicht zu viel erwartet werden. Es gehe hier um existenzielle Entscheidungen für eine Frau, ein Paar oder eine Familie. Die Einpflanzung eines Embryos, bei dem feststeht, dass ein Downsyndrom vorliegt, mittels einer Strafdrohung erzwingen zu wollen, sei eine Illusion. Die Zusage einer spürbaren finanziellen Unterstützung von

mehreren tausend Euro im Monat, um das Zusammenleben mit einem behinderten Menschen abzusichern, sei wesentlich glaubwürdiger und könne viel mehr bewirken.

Professor *Merkel* (Hamburg) richtete eine Frage an die Urheber des AME-FMedG sowie zwei Anmerkungen an Professor *Duttge*. Er sei völlig auf der Linie des AME-FMedG, vor allem im Hinblick darauf, dass dort versucht werde, die Grenzen der PID an die Grenzen des Schwangerschaftsabbruchs anzupassen. Wenn § 218a Abs. 2 StGB als eine Art Spezialregelung eines aggressiven Notstands aufgefasst würde, dann sei die Idee, zu verhindern, dass eine solche akute Notstandslage eintrete, erst recht legitim, wenn § 218a Abs. 2 StGB als legitim betrachtet werde. Die Rückfrage beziehe sich darauf, dass in § 4 AME-FMedG gesagt werde, PID dürfe nur zu „medizinischen Zwecken“ vorgenommen werden. Der Sinn dahinter sei erkennbar, man wolle die sog. Designerbabys verhindern, es soll nicht ins Genom eingegriffen werden mit dem Zweck, den künftigen Menschen zu verbessern. Aber auch solche Verbesserungsmethoden seien medizinische Methoden, weil nur Genetiker dazu in der Lage seien. Viele der sich abzeichnenden Methoden des Enhancement verfolgten eine ganz unklare Linie zu den therapeutischen oder präventiv-medizinischen Strategien. Könne in Zukunft die Altersgrenze hinausgeschoben werden, müsse auch gefragt werden, ob der Eingriff ins Genom als medizinisch, therapeutisch oder präventiv zu qualifizieren sei. Um solches auszuschliessen, sei im AME-FMedG anstelle des Begriffs „medizinische Zwecke“ beispielsweise die Bezeichnung „therapeutische oder präventive Zwecke“ zu verwenden. Vielleicht könnten auch noch die palliativen Zwecke berücksichtigt werden. An Professor *Duttge* gerichtet führte Professor *Merkel* aus, dieser habe seiner Ansicht nach sagen wollen, entweder sei der Embryo eine Person oder er sei eine Sache. Die Schweiz sehe dies aber offenbar entspannter. Es gebe hier eine Art Menschenwürdeschutz rein objektiven Charakters. Das Bild des Menschen werde mitgeschützt. Wir könnten nicht annehmen, dass der pränatale Mensch den genau gleichen Schutz wie der geborene Mensch erfahre. Dies sei auch in Deutschland entgegen einer verbreiteten Meinung zumindest de lege lata nicht der Fall. Wäre das der Fall, könnte § 218a Abs. 1 und 2 StGB nicht verfassungsgemäß sein. Professor *Duttge* habe gesagt, es mute treuherzig an, zu lesen, wie vermutet worden sei, mit der Änderung von § 218a Abs. 2 StGB könne man die embryopathische Diskussion beenden und embryopathisch motivierte Schwangerschaftsabbrüche verhindern. Es stelle sich aber doch die Frage, ob dies in Wahrheit nicht doch gelungen sei. Der geschädigte Embryo in utero bedrohe nicht die psychische Gesundheit der Mutter im Hinblick auf seine potenzielle Geburt, sondern akut deren physische Gesundheit. Zu fragen sei, ob hier immer noch gesagt werden könne, dies sei eine embryopathische Indikation, es werde also die Schwangerschaft abgebrochen, weil der Embryo

geschädigt sei, oder ob nicht auch gesagt werden müsse, die Schwangerschaft werde abgebrochen, weil eine Gefahr für das Leben der Mutter bestehe. Zusammenfassend sei zu fragen, ob die embryopathische Indikation in Wirklichkeit nicht abgeschafft worden sei. Bezugnehmend auf den von Professor *Schroth* geschilderten Fall sei festzustellen, dass, werde eine Subsumtion unter die von Professor *Duttge* dargestellten abstrakten rechtsethischen Kriterien vorgenommen, konsequenterweise der Schluss gezogen werden müsse, das Paar dürfe eine PID nicht in Anspruch nehmen. Vielmehr müsste dann gesagt werden, das Paar müsse gegebenenfalls ein zweites schwer geschädigtes Kind kriegen und palliativ bis zu seinem Tod pflegen. Weiter stelle sich die Frage, weshalb Professor *Duttge* von Utilitarismus spreche, wenn der Gesetzgeber sowohl in § 218a StGB als auch im ESchG einen Vorrang der rechtlich und ethisch geschützten Interessen der geborenen Menschen vor den ungeborenen Menschen statuieren.

Daraufhin bekam Professor *Duttge* ein erstes Mal die Gelegenheit, auf die Vorbringen zu replizieren. Zunächst sei festzulegen, von welcher Warte aus argumentiert werde. Was von Professor *Merkel* jetzt, aber auch allgemein in der Debatte gemacht werde, sei, von der derzeitigen Rechtslage auszugehen und zu fragen, wie ein Verbot oder eine begrenzte Freigabe der PID in die vorgegebene Rechtsordnung eingebettet werden könne. Diese Vorgehensweise sei aber allenfalls die zweitbeste. Denn der vorhandene Rechtsbestand könne auch fehlerhaft sein, z. B. auf einer veralteten Rechtsvorstellung des Gesetzgebers beruhen. Damit werde von vorneherein jedes kritische Potenzial abgeschnitten, verantwortungsvolle Rechtspolitik zu betreiben. Um dies zu verhindern, sei aus seiner Sicht eine vorgelagerte Optik angebracht. Die Tatsache, dass wir uns in einem nach-metaphysischen Zeitalter befänden, führe dazu, dass die Frage, was Menschenwürde bedeuten könne, kaum noch zu beantworten sei. Dennoch sei ein Pluralismus von individuellen Auffassungen auszumachen, wobei die Idee, die sich mehrheitlich durchzusetzen scheine, laute, weil nichts zur Bedeutung der Menschenwürde zu sagen sei, solle man es gleich bleiben lassen. Dann müsste aber gefragt werden, welcher Zweck Art. 1 GG noch zugrunde liege. Zur Frage des Utilitarismus: Aus dieser Warte werde – wenn er es richtig verstanden habe – argumentiert, weil die Alternative laute, erst im Rahmen der PND könnten allfällige Schädigungen entdeckt werden und dann nur noch der Schwangerschaftsabbruch bleibe, sei früher anzusetzen. Verwendung finden könnte dafür auch der Begriff des Konsequentialismus. Diese Betrachtungsweise lasse aber die sonstigen Bedingungen völlig ausgeblendet, insbesondere dass beim Schwangerschaftsabbruch eine bereits eingetretene Notlage vorliege, die gelöst werden müsse. Im Rahmen der PID werde die Entstehung einer solchen Notlage gar nicht erst zugelassen, was Ansatzpunkt für eine differenzierte, nicht rein folgenorientierte Betrachtung sei. Die Kritik am AME-FMedG bezüglich der Begrenzung auf

medizinische Zwecke teile er. Es sei ebenso irreführend, wenn der Begriff der medizinischen Zwecke durch denjenigen der therapeutischen ersetzt würde, weil zunächst die Diagnostik im Vordergrund stehe. Zur Ausführung, die embryopathische Indikation sei faktisch abgeschafft, erinnerte er daran, dass letztlich die Empirie die Antworten dazu liefern müsse. Offensichtlich bestünden hier unterschiedliche Beobachtungen. Abgesehen von Befragungen bei den entsprechenden Zentren und bei den Reproduktionsmedizinern, fehlten konkrete Zahlen. Aufgrund einer empirischen Studie (Rohde/Woopen, Psychosoziale Beratung im Kontext von Pränataldiagnostik, Evaluation der Modellprojekte in Bonn, Düsseldorf und Essen, 2007; vgl. dazu auch Woopen/Rummer, MedR 2009, 130 ff.) sei es wegen teils nicht adäquater Aufklärung und Beratung durch Ärzte jedenfalls zu einer Änderung beim Schwangerschaftsabbruch gekommen. Der Gesetzgeber selbst sei mithin davon ausgegangen, dass Aufklärung und Beratung offenbar nicht überall optimal stattfänden. Er habe von allen Seiten in der humangenetischen Praxis vernommen, dass körperliche Behinderungen in einem gewissen Spektrum toleriert würden, für die allermeisten Frauen jedoch geistige Behinderungen ein Tabu seien. Deshalb könne nicht nachvollzogen werden, weshalb eine Anknüpfung direkt an die Schädigung ausgeschlossen sei. Von Gesetzes wegen sei aber jedenfalls die Möglichkeit gegeben, an den Gesundheitszustand anzuknüpfen, wobei hier die Frage der Unzumutbarkeit in den Raum zu stellen sei. Zu den Ausführungen von Professorin *Frommel* sei anzumerken, dass das Rechtsgut nicht in Bezug zum ganzen ESchG zu setzen, sondern für jede einzelne Vorschrift zu bestimmen sei, weil jede Norm möglicherweise ein anderes Rechtsgut schütze. Jedenfalls gehe es nicht um ein kollektives Rechtsgut. Jedoch teile er die kritischen Ausführungen zur Ethikkommission. In der Tat sei es wichtig zu klären, wie der Rechtsschutz bestmöglich sichergestellt werden könne. Zu erinnern sei beispielsweise an das Arzneimittelrecht, wo eine Anfechtungsklage möglich sei. Es scheine Übereinstimmung darin vorzuliegen, dass der Gesetzgeber hier einen Inselblick an den Tag gelegt und wichtige Aspekte übersehen habe. Er teile hingegen nicht die von Professorin *Frommel* vertretene verfassungsrechtliche Pflicht zur Freigabe der PID, worauf hier aber nicht mehr näher einzugehen sei. Zu den Ausführungen von Professor *Gropp* sei anzumerken, was verhältnismäßig sei, betreffe nicht nur die Verhaltens-, sondern auch die Sanktionsebene. Es sei aus seiner Sicht jedenfalls nicht vorentschieden, dass für die betroffenen Paare – für die anderen Beteiligten möge das anders sein – Kriminalstrafen angedroht werden müssten. Er würde in diesem Zusammenhang das Argument des Lebensschutzes als strafrechtliches Argument in den Mittelpunkt rücken. Auch bei § 218a StGB gebe es die Differenzierung, dass Schwangere wesentlich milder behandelt würden. Jedenfalls sei Spielraum zu erkennen, Angemessenheit auf der Sanktionsebene herzustellen.

Professor *Merkel* stellte klar, dass er, was die embryopathische Indikation angehe, nicht über empirische Studien rechnen wolle. Normativ sei sie insofern abgeschafft, als der Gesetzgeber deutlich mache, die Schutzbedürfnisse des geborenen Menschen hätten Vorrang vor den Schutzbedürfnissen des Embryos. Das Argument laute also nicht, weil der Embryo geschädigt sei, dürfe er entsorgt werden, sondern weil die Schwangere definieren dürfe, was sie in ihrem Leben mit der Pflicht, ein solches geschädigtes Kind aufzuziehen, auszuhalten fähig sei. Dies sei ein signifikanter Unterschied. Dieser werde normativ so festgehalten und sei nach seiner Kenntnis auch empirisch nachweisbar. Dass sehr viele Frauen sich auf den Standpunkt stellen würden, mit einem behinderten Kind nicht zu Recht zu kommen, stehe auf einem anderen Blatt. Der Gesetzgeber statuiere, wenn sie damit nicht zu Recht kämen, werde dies anerkannt. Dafür gebe es gute rechts-ethische Gründe.

Professor *Duttge* ergänzte an Professor *Merkel* gerichtet, er könne ihm diesfalls nur raten, in seine rechtsethische Auffassung Empirie einfließen zu lassen. Rein normativ zu entscheiden, sei in diesem Moment nicht mehr verantwortungsvolle Rechtspolitik, vor allem wenn Anhaltspunkte vorhanden seien, die darauf schließen ließen, dass die Konzeption des § 218a Abs. 2 StGB in der Realität keine hinreichende Beachtung finde.

Professor *Hilgendorf* (Würzburg) hielt fest, Professorin *Tag* habe überzeugend aufgezeigt, dass die schweizerische Rechtslage im Wesentlichen trag-, jedoch ausbaufähig sei, während Professor *Schroth* dargetan habe, dass das deutsche Modell sehr viele Probleme und Widersprüche beinhalte. Die Frage laute, woher diese Widersprüche kämen, was zu Professor *Duttge* führe. Im deutschen Modell stecke offenbar eine tiefe Unredlichkeit, weshalb sich die Widersprüche ergeben hätten. Es gehe, das sei festzuhalten, nicht nur darum, medizinischen Tourismus zu verhindern, Rechtsfrieden zu sichern oder eine Anpassung an die §§ 218 ff. StGB herbeizuführen. Vielmehr gehe es um Grundlegendes wie Rationalität, Freiheit von Widersprüchlichkeit, Herstellung von Klarheit und Einfachheit. Im Grundsatz müsse die Frage entschieden werden, ob der befruchteten Zelle Menschenwürde und ein Lebensrecht zukommen sollen oder nicht, wobei die Menschenwürde vom Lebensrecht abzugrenzen sei. Im Gegensatz zum Lebensschutz sei die Menschenwürde nicht einschränkbar. Gehe man von dieser Auffassung aus, so sei festzustellen, dass der befruchteten Zelle zumindest in Deutschland keine Menschenwürde zukomme. Hätte sie die gleiche Menschenwürde wie der geborene Mensch, dann wäre die getroffene Regelung als verfassungswidrig einzustufen. Es sei völlig undenkbar zu argumentieren, dass ein geborener Mensch getötet werden dürfe, weil zu erwarten sei, dass er im Alter an einer schweren Erkrankung leiden werde. Hier aber sei dies offensichtlich möglich. Diese Alternative sollte man klar sehen und sie auch thematisieren. Solle der Menschenwürde

in der Rechtsordnung eine Funktion als letzter normativer Anker zukommen, dann dürfe der Begriff nicht aufgeweicht oder inflationär angewendet werden, weil ansonsten etwa auch die Frage beantwortet werden müsse, ob es Grundrechtsträger zweiter Klasse geben soll, bei denen der Grundrechtsschutz nur in „flexibilisierter Form“ vorhanden sei. Die Aufgabe der Wissenschaft sei es, klare, rational überprüfbare und verantwortbare Strukturen zu schaffen, die mittelfristig vielleicht auch von der Rechtspolitik übernommen werden könnten. Es gelte zu verhindern, dass sich die akademische Diskussion noch mehr als bisher in Widersprüchlichkeiten verwickle. Dies könne nämlich dazu führen, dass die Wissenschaft als Ganze nicht mehr ernst genommen werde. Ein intransparenter, Widersprüche zudeckender Diskussionsstand sei in der Wissenschaft noch schwerer zu ertragen als in der Rechtspolitik.

Anschließend nahm Professor *Schroth* Stellung zum AME-FMedG. Methodisch sei so vorgegangen worden, dass die derzeitige Rechtslage als Ausgangspunkt genommen und dann überlegt worden sei, wie die PID gestützt darauf ausgestaltet werden könnte. Der liberale Entwurf zeige auf, dass derzeit eine Regelung vorhanden sei, die nicht sehr rigide sei. Der Embryo sei in vivo 14 Tage nicht, dann sei er die ersten 12 Wochen geschützt und dann nur noch rudimentär. Intensiver geschützt sei er aber über die medizinische Indikation bei der Mutter. Die PND sei gesetzlich nicht nur zugelassen, darüber hinaus müssten Frauen über 35 Jahre über die Möglichkeit der PND aufgeklärt werden. Aus diesem Grund sei es unangemessen, die PID nur sehr restriktiv zuzulassen. Man könne zwar schon auf einen vorgelagerten Zustand Bezug nehmen. Jedoch sei nach seiner Meinung an einen vorhandenen Gesetzesbestand anzuknüpfen und zu überlegen, wie sich die neu zu schaffende Regelung einfügen lasse. So sei der Entwurf auch zu verstehen. Verfassungsrechtler hätten in den Besprechungen unterschiedliche Auffassungen vertreten und seien tendenziell für einen stärkeren Lebensschutz eingetreten, hätten aber mit der Regelung leben können, insbesondere weil es § 218a StGB gebe. Die Prämisse sei gewesen, dass akzeptiert werde, Abtreibungsregeln seien vorhanden. An Professor *Merkel* gerichtet führte Professor *Schroth* weiter aus, es sei zuzugeben, dass der Begriff der medizinischen Zwecke vielleicht kein idealer Begriff sei. Ob der Begriff der therapeutischen, präventiven und palliativen Zwecke besser sei, wisse er nicht. Es sei darum gegangen, Designerbabys auszuschließen, dass also Kinder selektiert würden, weil sie bestimmte Merkmale nicht aufwiesen, z.B. keine blauen Augen hätten. Die Angst, dass solche Designerbabys möglich seien, sei allerdings auch nicht allzu groß gewesen, weil die Medizin davon doch noch weit entfernt sei. Den Einstiegsfall habe er gebracht, um zu illustrieren, mit welchen Problemen in der Praxis gekämpft werde, insbesondere im Zusammenhang mit der Diskriminierung von behinderten Kindern. Er habe Verständnis für eine Frau, die ein Kind vier Jahre palliativ

gepflegt habe, bei Aussicht auf den Tod dieses Kindes einen Kinderwunsch und einen Mann habe, der Anlageträger sei wie sie selbst, und bei der eine 25%-ige Wahrscheinlichkeit errechnet worden sei, dass sie ein gesundes Kind kriegen könne. Dieser Wunsch sollte nicht kriminalisiert werden.

Professorin *Hörmle* (Berlin) griff aus rechtsethischer Sicht die These an, es gebe zwischen PID und PND relevante Parallelen. Der Schwangerschaftsabbruch sei eine Tötungshandlung, PID hingegen eine Informationsverschaffungshandlung. Die Entscheidung, sich diesen Embryo nicht einpflanzen zu lassen, sei eine Unterlassung. In der Bewertung dieser Unterlassung liege der Kern der rechtlichen Beurteilung. Die Frage, die sich stelle, laute, kann es eine rechtliche Verpflichtung geben, sich einen Embryo einpflanzen zu lassen. Das müsse verneint werden. So könne die Frau sich auf den Standpunkt stellen, sie habe es sich anders überlegt. Es sei durchaus denkbar, dass die Frau sich am Tag zuvor vom samenspendenden Mann getrennt habe und sich nun keine gemeinsamen Kinder mehr wünsche. Sie müsse überhaupt keine Gründe angeben. Für diese Ansicht, nämlich, dass keine solche Rechtspflicht bestünde, gebe es auch gute Gründe. Die Rechtsordnung sehe bezüglich der höchstpersönlichen Lebensentscheidungen vor, dass eine Erzwingung rechtlich nicht möglich sei. Moralisch könnte evtl. anders argumentiert werden, nicht aber rechtlich. Auch ein Verlöbnis begründe keine Verpflichtung, die Ehe einzugehen, und zwar auch dann nicht, wenn damit zu rechnen sei, dass der Verlassene sich das Leben nehmen werde. Bestimmte Entscheidungen seien rechtlich nicht erzwingbar. Genau dies sei die Prämisse, von der auch hier auszugehen sei. Deshalb sei auch nicht verständlich, weshalb der AME-FMedG eine Schädigung der psychischen Gesundheit voraussetze. Vielmehr sei es ohne weitere Begründung das Recht der Frau, sich einen Embryo nicht einpflanzen zu lassen.

Professor *Rosenau* (Augsburg) richtete sein Votum an Professor *Duttge*. Dieser habe den Verfassern des AME-FMedG Unehrlichkeit vorgeworfen, weil nicht deutlich gemacht worden sei, dass es um Leben und Würde gehe, die zerstört würden. Diese Unehrlichkeit müsse aber auch ihm vorgeworfen werden. Denn im Grunde genommen habe er nicht klar gemacht, dass ihm die ganze Linie nicht passe. Man müsste, werde seiner Auffassung gefolgt, mithin auch die Regelung des Schwangerschaftsabbruchs überdenken. Nach der Ansicht von Professor *Duttge* gehe es um die Statusdebatte. Dem sei beizupflichten, wobei festzuhalten sei, dass auf Seiten der Verfasser, anders als vielfach angenommen, keinerlei Furcht davor vorhanden sei. Der Embryo sei genauso möglicher Mensch wie Prinz Charles König von England. Der Embryo entwickle sich aber nicht aus sich heraus, sondern er sei auf die mütterliche Genese angewiesen. Das Potenzialitätsargument habe deshalb an Schlagkraft zugenommen, weil wir wüssten, dass aus jeder menschlichen Hautzelle Menschenleben kreierbar sei. Diese Grundsätze

seien zu diskutieren. Vielleicht könne man die Menschenwürde in einer Art Vorwirkung in Ansatz bringen. Jedenfalls, das sei ausdrücklich festzuhalten, könne der Würdeschutz beim Ungeborenen aber niemals so stark sein wie beim geborenen Menschen. Hier seien Ähnlichkeiten zum postmortalen Schutz auszumachen. Aus diesem Grund sei der schweizerische Entwurf mit der Abstufung völlig vertretbar. Noch nicht beantwortet habe Professor *Duttge* die von Professor *Merkel* aufgeworfene Frage, wie der von Professor *Schroth* geschilderte Fall zu würdigen sei.

Professor *Schwarzenegger* (Zürich) nahm ebenfalls Bezug auf die Statusfrage. Die grundsätzliche Frage, die sich stelle, sei diejenige nach der Bedeutung der Menschenwürde in den hier diskutierten Zusammenhängen. Er bat Professorin *Tag*, die schweizerische Haltung zu erläutern. Jedenfalls kenne ja auch die Schweiz mit Art. 7 BV und teils auch Art. 119 BV den Menschenwürdeschutz. Diesen Schutz könne, und dazu forderte er Professorin *Tag* auf, mit dem von Art. 1 GG garantierten Schutz verglichen werden. Zu diskutieren sei auch die Frage, wie die Regelung auf europäischer und internationaler Ebene aussehe, wobei dann berücksichtigt werde sollte, ob Deutschland mit seiner Haltung sozusagen eine Insel sei. Aus den Ausführungen von Professorin *Tag* sei außerdem herauszuhören gewesen, dass die Regelung der PID z. T. als zu eng zu betrachten sei. Es sei deshalb die Frage erlaubt, welche Fenster hier noch aufzustoßen seien und ob man beispielsweise die englische Lösung, die festlege, welche genetischen Fehler umfasst würden, heranziehen könne. Bei der PND seien ja noch weitergehende Tests möglich und Abbrüche gestützt auf diese Indikationen zulässig. Die Frage laute also, wie weit die stufenförmige Reduktion bei der PID gehen soll. An Professor *Duttge* gerichtet formulierte Professor *Schwarzenegger* die Frage, ob dieser seine Position eher symbolisch verstanden wissen oder ob er z. B. Frauen, die zu Zwecken der PID nach Spanien reisen, in Deutschland gewissermaßen wegen Beginns des Versuchs strafrechtlich zur Rechenschaft ziehen wolle. Zusammenfassend sei zu beantworten, ob Deutschland eine strenge „insuläre“ Lösung anstreben soll, die mit den Mitteln des Strafrechts durchgesetzt werden soll, oder ob es hier um reine Symbolik in dem Sinne gehe, dass Deutschland „sauber“ bleiben müsse, der Rest der Welt hingegen „sich schlecht benehmen“ dürfe.

Professorin *Tag* meinte, man habe es mit der Menschenwürde in der Schweiz relativ einfach, weil der Gesetzgeber eine andere Formulierung gewählt habe als in Deutschland. Art. 7 BV laute, die Würde des Menschen sei zu achten und zu schützen. Da sei nichts von Unantastbarkeit zu lesen. Diese Unterschiede hätten einen geschichtlichen Hintergrund, welchem im Rahmen dieser Diskussion aber nicht näher nachzugehen sei, dieser sei sowohl den deutschen als auch den schweizerischen Kolleginnen und Kollegen hinlänglich bekannt. Die Frage, ob

eine Einschränkung möglich sei oder ob es sich bei der Menschenwürde nicht eher um ein abstraktes Verfassungsprinzip handle, werde, das sei gesagt worden, in der Schweiz entspannter gesehen. Durch die Bezugnahme auf die Menschenwürde solle aufgezeigt werden, dass wir es bei einem Embryo nicht mit einer Sache zu tun hätten. Tatsächlich, und dies sei ebenfalls von verschiedenen Diskutanten geäußert worden, sei die Frage zu stellen, ob alle Stadien des Menschseins, sei dies das Menschwerden, das Menschsein an sich oder das vergangene Menschsein, gleichgeordnet werden könnten. Hier gebe es in der Schweiz auch aufgrund der Formulierung von Art. 7 BV deutlich mehr Spielraum als dies in Deutschland der Fall sei, das sich stark fixiert habe. Im Zusammenhang mit dem Stufenkonzept habe sie einige Dinge angesprochen, die man auch anders sehen könne, so insbesondere dass die Veranlagung und deren Übertragung im Vordergrund stünden. Werde medizinisch argumentiert, so könne tatsächlich ein gelassener Standpunkt eingenommen werden. Denn die Entwicklung mit den genetischen Untersuchungen am Menschen, der personalisierten Medizin und den prädiktiven Tests, aber auch die Empfehlungen der Ethikkommission im Bereich der genetischen Untersuchungen deuteten darauf hin, dass irgendwann fast alle ihre genetische Veranlagung kennen werden, so dass der Entwurf diesbezüglich keine Friktionen aufweise. Die schwere Krankheit, das sei zu ergänzen, werde durch Wirksamkeit, Zweckmäßigkeit und den Wunsch des Paares konkretisiert. Der Begriff müsse damit nach und nach eingegrenzt werden, sei aber einem Indikationenkatalog vorzuziehen, der angesichts der rasanten Entwicklung im hier interessierenden Bereich schnell veraltet wäre. Trotzdem sei natürlich Vorsicht geboten.

Professor *Duttge* erhielt darauf die Gelegenheit, auf die Fragen von Professor *Rosenau* zu antworten. Er bestreite den Vorwurf, dass ihm die ganze Linie einschließlich der Regelung in § 218a StGB nicht passe, und habe – davon sei er zumindest ausgegangen – hinreichend deutlich gemacht, dass zwischen dem Schwangerschaftskonflikt und der damit zusammenhängenden, nicht mehr abwendbaren Entscheidung und der PID ein erheblicher Unterschied bestehe. Die Wahrnehmung von Professor *Rosenau* sei von dessen Vorverständnis geprägt, es handle sich hier um parallele Situationen. Sein eigener Standpunkt in dieser Generaldebatte, die seit mindestens zehn Jahren geführt werde, sei, dass es nicht nur keinen Konsens gebe, sondern dass darüber hinaus auch keine überwiegenden Gründe für eine Seite auszumachen seien. Es läge damit ein echtes „non liquet“ vor. Die Befürworter der PID hätten das Problem, begründen zu müssen, was es rechtfertige, möglicherweise menschliches Leben im Interesse anderer zu Fortpflanzungszwecken zu opfern. Dies sei der wunde Punkt der aktuellen Rechtsentwicklung. Des Weiteren erscheine es ihm als nicht plausibel, die postmortale Würde ins Spiel zu bringen, auch wenn hier ein gewisses Maß an Schutz

sichergestellt würde, wodurch die Parallele zu den Embryonen gezogen werden könne. Der doch sehr wichtige Unterschied bestehe darin, dass postmortal kein Leben mehr bestehe, die Embryonen hingegen würden leben. Damit stelle er gleichsam die Rechtfertigung in Frage, hier Parallelen ziehen zu können. Was die Falllösung des von Professor *Schroth* präsentierten Falles angehe, sei angemerkt, dass ein ganzheitliches Konzept sich nicht an einem einzelnen Extremfall orientieren könne, sondern dass das ganze Feld möglicher Fälle in Betracht zu ziehen sei. Um zu einer seriösen Regelung der künftigen Rechtslage zu gelangen, müssten auch die weniger spektakulären Fälle Beachtung finden. Zur von Professorin *Hörnle* vorgebrachten Unterscheidung zwischen PID und PND sei gesagt, dass er ihr im Ergebnis zwar Recht gebe, die Begründung aber als falsch erachte. Der entscheidende Punkt sei nicht, dass es bei der PND eine Tötung gebe, bei der PID hingegen nicht, denn bei der PND sei durch die bereits eingetretene Schwangerschaft ja gerade offen, wie die betroffene Frau entscheiden werde. Es gebe hier keinen Automatismus, sondern durchaus Fälle, in denen sich die Betroffene für die Austragung des Kindes entscheide. Hingegen sei bei der PID die Beseitigung des Lebensschicksals der Embryonen zu 100% vorprogrammiert. Wir drückten uns herum, weil wir eine Verletzung des ESchG vermeiden wollten, indem wir den Inhalt der Schale mit den Embryonen nicht in den Ausguss gießen würden, sondern die Miete für den Kühlschrank nicht bezahlten, notabene mit dem genau gleichen Resultat. Zur von Professor *Schwarzenegger* aufgeworfenen Tourismusfrage sei auszuführen, jede Rechtsordnung habe nicht nur das Recht, sondern die Verantwortung, entscheiden zu dürfen bzw. zu müssen, welche Folgerungen sie aus einem bestimmten Verständnis von Menschenwürde und Lebensrecht ziehe. Seines Erachtens sei mit dem Besteigen des Zuges jedenfalls die Schwelle zum Versuch im zitierten Fallbeispiel noch nicht überschritten. Jedoch sei ein Imperialismus deutschen Strafrechts zu vermeiden. Seine Ausführungen seien aber nicht nur rein symbolisch zu verstehen. Um seinen Standpunkt zum Schluss nochmals ganz deutlich zu machen: Er habe nicht gesagt, dass die PID kategorisch verboten werden solle. Das wäre in Deutschland sozusagen der Salto mortale rückwärts. Er verlange nur, dass die Befürworter der PID erklärten, wie sie die Aufopferung potenziell menschlichen Lebens rechtfertigten. Eine solche Erklärung könne er bis zum heutigen Tag nicht erkennen.

Professor *Schroth* machte zum Schluss deutlich, dass er persönlich der Meinung sei, dass die Verfasser des AME-FMedG sich vor einer Statusdebatte nicht fürchten müssten. Er sei aber der Auffassung, dass eine nochmalige nähere Auseinandersetzung mit den SKIP-Argumenten unabdingbar sei. Jedenfalls sei grundsätzlich eine Parallele zu ziehen zwischen den Regelungen betreffend den Embryo in vivo und den Embryo in vitro. Solange keine Einigung in Aussicht stehe, müsse an die derzeitige Rechtslage angeknüpft werden. Der rechtliche

Rahmen der PID müsse mithin im Hinblick auf die derzeitige Rechtslage geschaffen werden. Man könne nicht auf der einen Seite die PND zulassen und auf der anderen Seite sich auf den Standpunkt stellen, die PID sei unter völlig anderen Bedingungen zulässig. Der Weg, den der deutsche Gesetzgeber eingeschlagen habe, sei zu formalistisch. Die Ethikkommission sei im Grunde genommen nicht als Ethikkommission zu betrachten, weil auch Mediziner und Ethiker über Recht befänden. Jedenfalls sei es nicht hinnehmbar, dass eine Anfechtung der von dieser getroffenen ablehnenden Entscheidung nicht möglich sei. Noch weniger überzeugend an der deutschen Gesetzgebung sei, dass ein Gesetz auf den Weg gebracht, aber nicht dafür gesorgt worden sei, dass es umgesetzt werde. Erschwerend komme hinzu, dass keine Übergangsbestimmungen auszumachen seien. Damit lasse man Personen, wie im Eingangsfall geschildert worden sei, im Regen stehen. Es gehe nicht an, dass man diesen mitteile, sie hätten sich bei Personen zu erkundigen, die sich auskennen, dann aber auch diese Personen nicht im Stande seien, sinnvolle Antworten auf die gestellten Fragen zu geben. Ungewöhnlich sei aber auch, dass der Bundestag es bei der formalistischen Lösung belasse und es den Landesregierungen bzw. -parlamenten überlasse, damit umzugehen, wobei diese aber offenbar keine Lust hätten, genauere Regelungen zu schaffen. Dieser Zustand sei nicht überzeugend.

Professor *König* schloss mit den Worten, die Chance, dass der Gesetzgeber korrigierend eingreife, sei sehr gering. Er dankte den Referenten für ihre Impulsreferate sowie den Diskutanten für die interessanten Wortmeldungen.

Zu guter Letzt ergriff Professor *Vogel* (München) das Wort, um den Zürcher Kolleginnen und Kollegen sowie ihren Mitarbeitern im Namen aller Gäste für die schöne Tagung ganz herzlich zu danken. Diesen Dank reichte Professor *Wohlers* an alle Helferinnen und Helfer weiter, wobei insbesondere den Mitarbeiterinnen seines Lehrstuhls Applaus gebühre, die mit großem Engagement und Organisationstalent die Organisation und den reibungslosen Ablauf der Tagung bewerkstelligt hätten. Als Austragungsort der kommenden Strafrechtslehrertagung 2015 bestimmten die Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrer Augsburg.

Nachtrag: Professor *Vogel* ist im August 2013 bei einem tragischen Gondelunfall in Venedig ums Leben gekommen. Seine Wortmeldungen in diesem Tagungsbericht geben wir beklommen und traurig wieder. Seiner Familie und seinen Freunden gilt unser Mitgefühl.